

Г. ф. Блюменфельдъ. *он*

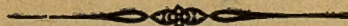
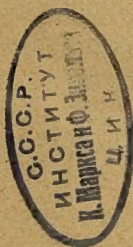
vi 9 26 +

ИЗЪ ИСТОРИИ РУССКОЙ ЦИВИЛИСТИКИ

ДО СВОДА ЗАКОНОВЪ:

*аспектъ
ригорозн*
В. Г. Кукольникъ. *нн*

(Къ столѣтію его „Начальныхъ основаній російскаго част-
наго гражданскаго права“).



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.

Типографія т-ва „Общественная Польза“, Б. Подъяческая, 39.

1913.



Отдѣльный оттискъ изъ «Вѣстника Гражданскаго Права».

340381

Въ 1813 г. въ С.-Петербургѣ, при сенатской типографіи были напечатаны «Начальныя основанія російскаго частнаго гражданскаго права», сочиненіе Василя Кукольника, переработанное спустя два года въ «Россійское частное гражданское право»; и теперь на исходѣ столѣтія со дня появленія «Основаній» умѣстно съ благодарнымъ вниманіемъ вспомнить объ авторѣ и его заслугахъ въ области русскаго правовѣдѣнія.

Уроженецъ Венгріи, карпато-русь по происхожденію, воспитанникъ Львовской академіи и профессоръ Замосцькаго лицея, Василій Григорьевичъ Кукольникъ ¹⁾ приглашается въ 1803 г. на русскую службу и назначается на кафедру «опытной физики» въ педагогическомъ институтѣ ²⁾. На своей новой родинѣ Кукольникъ проявляетъ неустанную и разностороннюю дѣятельность. Быстро усвоивъ русскій языкъ, онъ читаетъ физику, химию, технологию и сельское хозяйство въ педагогическомъ институтѣ, римское право—въ училищѣ правовѣдѣнія, физику и право на публичныхъ курсахъ для гражданскихъ чиновниковъ, римское и частное російское право—въ главномъ педагогическомъ институтѣ, и преподаетъ въ теченіе четырехъ лѣтъ (1813—1817 г.г.) юридическія науки великимъ князьямъ: впоследствии Императоръ Николай I вспоминалъ о естественномъ правѣ, какъ предметѣ этихъ занятій ³⁾.

¹⁾ Біографическія свѣдѣнія о Кукольникѣ въ замѣткѣ его сына Н. Кукольника въ изданіи „Лицей кн. Вяземскаго“. СПб. (1859 г.), стр. 63—69.

²⁾ Педагогическій институтъ былъ преобразованъ въ 1816 г. въ главный педагогическій институтъ, а этотъ послѣдній въ 1819 г. въ петербургскій университетъ.

³⁾ Сб. Рус. Ист. Общ., т. 98 „Матеріалы и черты біографіи Императора Николая I“ барона М. Корфа стр. 30 и 67. Нужно добавить, что Николай говорилъ о ненужныхъ „отвлеченностяхъ“ „мнимаго естественнаго права“.

Съ открытіемъ с.-петербургскаго университета, гдѣ юридическія науки совмѣщались въ двухъ кафедрахъ: правъ общихъ и правъ положительныхъ, Кукольникъ занялъ послѣднюю кафедру, обнимавшую римское и русское право (гражданское и уголовное). Общія права въ смыслѣ теоріи или философіи права читалъ А. П. Куницынъ, такъ краснорѣчиво воспѣтый Пушкинымъ, его лицейскимъ ученикомъ ¹⁾.

Дѣятельность Кукольника не исчерпывалась преподаваніемъ. Онъ состоялъ членомъ особаго комитета, учрежденнаго въ 1809 г. при педагогическомъ институтѣ для производства экзаменовъ на чины; онъ же былъ приглашенъ къ участию въ комиссіи составленія законовъ и въ качествѣ одного изъ «редакторовъ» получилъ порученіе заняться порядкомъ производства уголовныхъ и слѣдственныхъ дѣлъ ²⁾.

Почти въ каждой отрасли наукъ, которыя Кукольникъ преподавалъ, онъ оставилъ литературные труды. Въ Россіи онъ издаетъ въ 1805 г. «Курсъ хозяйственныхъ свѣдѣній» и въ 1805 г. «Экономическій журналъ» и печатаетъ, кромѣ учебниковъ русскаго гражданского права: въ 1810 г. «Начальныя основанія римскаго гражданского права» и такія же «Основанія сельскаго домоводства» и въ 1821 г. «Руководство къ преподаванію римскаго права» (2 части).

Назначенный предсѣдателемъ конференціи петербургскаго университета, Кукольникъ являлся, по общему мнѣнію, первымъ кандидатомъ въ ректоры; но въ 1820 г. онъ отказывается даже отъ профессуры и переселяется въ Нѣжинъ, чтобы тамъ стать во главѣ «Гимназіи высшихъ наукъ кн. Безбородко», новаго, широко задуманнаго образовательнаго учрежденія съ энциклопедической программой, въ составленіи которой Кукольникъ самъ же и участвовалъ. Въ воспоминаніяхъ выдающагося ученаго и дѣятеля П. Г. Рѣдкина, питомца нѣжинской гимназіи, время директорства Кукольника встаетъ «въ самомъ розовомъ свѣтѣ». Кукольникъ приобщилъ воспитанниковъ «къ собственному своему семейству, проводя съ ними неотлучно всѣ часы дня... Частыми бесѣдами своими, исполненными отеческой

¹⁾ Григорьевъ В. В. С.-Петербургскій университетъ въ теченіе первыхъ 50-ти лѣтъ его существованія. СПб. 1870 г., стр. 12—13.

²⁾ П. М. Майковъ. Второе отдѣленіе собственной Его Императорскаго Величества канцеляріи. СПб. (1906 г.), стр. 77. Это порученіе дано Кукольнику въ 1819 г.

внимательности, нѣжности, дружеской простоты, педагогической опытности, живой занимательности, обширной учености, плодотворной образованности, онъ очищалъ чувствованія, развивалъ умъ, смягчалъ сердце и укрѣплялъ волю питомцевъ своихъ, направляя ихъ ко всему прекрасному, истинному, высокому и доброму»¹⁾).

Къ сожалѣнію, эта полезная жизнь преждевременно обрывалась. При всей любви къ новому дѣлу, Кукольникъ не вынесъ разлуки съ тѣсной семьей петербургскихъ ученыхъ друзей²⁾ и непосильныхъ хлопотъ по устройству новаго, столь сложнаго учрежденія, и 6 февраля 1821 г., въ припадкѣ тяжелой тоски, покончилъ съ собою 56-ти лѣтъ отъ роду.

Изданіе «Начальныхъ основаній россійскаго гражданскаго права» связано съ указомъ 6 августа 1809 г.³⁾ о производствѣ въ высшіе чины при условіи прохожденія университетскаго курса, или соотвѣтственнаго «испытанія» въ наукахъ. вмѣстѣ съ тѣмъ, для облегченія молодыхъ людей, состоящихъ на службѣ, повелѣно учредить въ обѣихъ столицахъ и въ университетскихъ городахъ публичные курсы—для желающихъ—по предметамъ наукъ: 1) словесныхъ, 2) юридическихъ, 3) математическихъ и 4) физическихъ. Посѣщеніе курсовъ, не замѣняя «испытаній», принималось въ «надлежащее вниманіе». Кукольникъ состоялъ членомъ экзаменаціоннаго комитета, читалъ на курсахъ и въ качествѣ пособія къ публичнымъ чтеніямъ издалъ свои «Основанія».

По мысли Кукольника, «частное гражданское право», какъ предметъ преподаванія, охватываетъ матеріальное право—«теорію» и формальное или процессъ—«практическій обрядъ судопроизводства» (Осн., § 14). «Основанія» изображали «теорію»; «обрядъ» еще подлежалъ изложенію.

«Основанія» разошлись быстро. «Я не успѣлъ еще, пишетъ авторъ, приготовить вторую часть..., какъ уже встрѣтилась на-

¹⁾ Цитировано по Пѣтухову: „Гимназія в. н. кн. Безбородко въ Нѣжинѣ“. Ж. М. Н. Пр. 1895 г., сент. (т. 301), стр. 85—86.

²⁾ Нѣкоторые свѣдѣнія объ этомъ кружкѣ въ воспоминаніяхъ Фесслера Rückblicke и т. д. 1851 (Leipzig), 222—223.

³⁾ П. с. в. № 23771.

добность въ повтореніи изданія первой» ¹⁾. И дѣйствительно, спустя два года, Кукольникъ выпустилъ «Россійское частное гражданское право» въ 2-хъ частяхъ; заново написана только вторая часть: «Обрядъ гражданского судебного дѣлопроизводства»; первая часть воспроизводитъ «Основанія», но въ исправленномъ и дополненномъ ²⁾ видѣ.

О начальной популярности Кукольника, какъ автора «Основаній», свидѣлствуетъ списокъ учрежденій и лицъ, подписавшихся на «Гражданское право» ³⁾. Приложенный къ обѣмъ частямъ этого изданія, онъ занимаетъ 42 (30+12) страницы, при чемъ противъ нѣкоторыхъ подписчиковъ проставлена цифра 2, 3 и даже 10 экземпляровъ, а на двѣсти съ чѣмъ-то экземпляровъ поступили изъ губерній «требованія безъ доставленныхъ имянныхъ списковъ» ⁴⁾. Составъ подписчиковъ весьма разнообразенъ, отъ сенаторовъ до простыхъ канцеляристовъ, отъ профессоровъ до людей безъ всякихъ чиновъ и званій. Подписывались и цѣлыя учрежденія: министерства, губернскія правительства, палаты гражданского и уголовного суда, низшія судебныя мѣста, городовыя думы и т. д. Не менѣе любопытно географическое распространеніе вниги. Такъ какъ спросъ на учебникъ гражданского права въ Петербургѣ и въ мѣстностяхъ, къ нему тяготящихся, былъ почти насыщенъ «Основаніями», а Москва съ ея губерніей представляла самостоятельный книжно-просвѣтительный центръ, то почти ⁵⁾ вся масса экземпляровъ «Гражданскаго права» потянулась въ провинцію. Книга, можно сказать, обошла всю Россію: въ далекой Сибири подписчики объявились въ такихъ глухихъ углахъ, какъ Якутскъ, Нерчинскъ, Нарымъ, Верхне и Нижне-Удинскъ и т. д.

Въ 1816 г. «Гражд. право» вышло вторымъ «тисненіемъ» безъ перемѣнъ; опущено только предисловіе къ первому изданію.

¹⁾ Предисловіе къ 1 ч. Рос. Гр. Пр.

²⁾ Въ „Нач. осн.“—312 §§, въ томъ числѣ 13 §§ о доказательствахъ договорн. пр. Въ „Гр. пр.“ этотъ отдѣлъ выпущенъ въ первой части, такъ какъ та же тема разрабатывается во второй части. За вычетомъ этихъ 13 §§, въ „Нач. осн.“ остается 299 §§; въ первой же части „Рос. гр. пр.“—346 §§.

³⁾ Для краткости „Нач. осн. рос. ч. гр. пр.“ именуются просто „Основаніями“, а „Рос. частн. гр. пр.“—„Гражданскимъ правомъ“; первыя цитируются §-ми, вторыя—§-ми и римской цифрой, изображающей „часть“.

⁴⁾ Въ приложеніи къ 1 ч. Гр. Пр.: на стр. 24—25 экз. 187, изъ нихъ по Пермской губ. 59, Херсонской 70 и на стр. 30—экз. 30.

⁵⁾ Лица, подписавшіяся у автора и выписывавшія книгу по Царскому Селу и Петерб. губерніи, потребовали менѣе 200 экзempl.

Съ внѣшней стороны и «Основанія» и первая часть «Гражд. права» представляютъ книгу малаго формата и скромной толщины. Безъ «введенія» и очерка внѣшней исторіи права, все матеріальное право умѣщается меньше, чѣмъ въ трехъ стахъ короткихъ параграфахъ-тезисахъ ¹⁾. Но эта «сжатость» не умаляетъ внутренней полноты учебника въ смыслѣ разработки общихъ началъ и существенныхъ чертъ каждаго института. Мысль почти всегда точна, изложеніе равномернo и обнаруживаетъ даръ систематики; языкъ простъ и ясенъ, хотя Кукольнику приходится порою самому *создавать* юридическую терминологию ²⁾. Изложеніе много выигрываетъ въ легкости и стройности отъ того, что источники, изъ которыхъ извлечены тезисы, не введены въ текстъ, а показаны подѣ соответственными параграфами дагою изданія закона.

Кукольникъ раздѣлялъ теорію естественнаго права, сохранявшую господство въ русской наукѣ начала 19-го вѣка ³⁾, но это ученіе не оказало непосредственнаго вліянія на догму русскаго гражданского права въ «Основаніяхъ».

Кукольникъ видѣлъ «цѣль правоученія» въ изученіи: 1) отечественныхъ законовъ, какъ «правилъ гражданской жизни, дабы соображать съ оными свободныя дѣянія», и 2) права, «чтобъ приобрѣсть навыкъ и способность судить и рѣшать дѣла» опять-таки согласно закону (Гр. Пр. 1, 23). Свободный отъ увлеченія «буквой», которое, подѣ растущимъ вліяніемъ Екатерининскаго Наказа, овладѣвало практикой и теоретической юриспруденціей, Кукольникъ только болѣе широко и одухотворенно понималъ «примѣненіе закона». «Знаніе права должно состоять въ знаніи силы и разума законовъ, а не однихъ словъ, коими они написаны» (О. § 9). Эта формула открывала возможность логически связывать разрозненныя нормы и восходить отъ нихъ къ общимъ началамъ, но она же обязывала автора держаться твердой почвы дѣйствующаго права. «Правовѣдецъ», какъ учитель гражданъ и руководитель судей, долженъ прежде всего самъ подчиняться закону.

¹⁾ Въ „Основ.“ §§ 39—312; въ Рос. Гр. Пр. §§ 59—346.

²⁾ Въ предисловіи Кукольникъ объясняетъ, что „употребилъ нѣкоторыя слова для выраженія понятій, относящихся къ устройству учебной части, которыхъ не находилъ въ нашихъ законахъ, или которыя употребляются народомъ въ другомъ значеніи“.

³⁾ Недурной очеркъ исторіи доктрины естествен. права въ Россіи у Благовѣщенскаго. Ж. М. Н. Пр. № 7 за 1835 г. Также Bunge въ *Kritik für*

По мнѣнію Кукольника, естественное право получаетъ значеніе тамъ, гдѣ обнаруживается недостатокъ закона, или самый разумъ нормы настолько теменъ, что недоступенъ обычнымъ средствамъ судебного изясненія. Когда дѣло по этой причинѣ приостанавливается въ своемъ теченіи и препровождается въ сенатъ, который въ свою очередь изготовляетъ докладъ Государю, тогда и судъ въ своемъ «мнѣніи» и сенатъ въ своемъ «докладѣ» обязаны «преимущественно руководствоваться основательнымъ знаніемъ естественнаго права». Заполненіе пробѣловъ и устраненіе темноты закона должны совершаться не игрою случая, а строго планомѣрно, обращеніемъ къ неизблемымъ и справедливымъ началамъ, открываемымъ «чистымъ разумомъ». Но и «мнѣніе» и «докладъ» только подготовительныя ступени къ рѣшенію вопроса; окончательное слово принадлежитъ законодательной власти, и результатомъ ея дѣятельности является изданіе новаго закона. (Гр. Пр. II, § 12 Ср. I, § 28).

Вотъ почему Кукольникъ въ предисловіи къ первому изданію «Гр. пр.» скромно предупреждаетъ читателя, что не можетъ «предложить ему въ семъ родѣ сочиненія ничего новаго, представляя собою правоучителя только, а не законодателя». Онъ ограничивается сведеніемъ въ систему, логическимъ объединеніемъ существующаго; «природа» cadaго института излагается на основаніи дѣйствующихъ нормъ. Естественно-правовыя воззрѣнія автора порождаютъ только нѣсколько параграфовъ, имѣющихъ характеръ обще-философскихъ замѣчаній и не связанныхъ съ догмой.

Напротивъ, у Кукольника, соразмѣрно объему учебника, достаточно представленъ историческій элементъ. Постигненіе силы и разума законовъ требуетъ «знанія причинъ и цѣли, для коихъ каждый законъ изданъ», (Осн. § 12), и если естественное право, какъ «часть философіи», предлагаетъ идеаль, къ которому должно стремиться законодательство, то познаніе существующаго права, какъ предметъ «правоученія» вызываетъ

R. W. und G. G. des Auslandes. Bd. II (1830). См. также у Поворинскаго, Систем. указ. рус. лит. по гражд. праву (2 изд. СПб. 1904 г.), гдѣ показаны нѣкоторые сочиненія на русскомъ языкѣ по естеств. праву (самост. № 42, 44—45 и 49 и переводн. №№ 43, 46—48, 50), появившіяся между 1808 и 1820 гг. На Терлаичъ (1810), впрочемъ, уже замѣтно влияние Канта.

необходимость въ изученіи отечественной исторіи вообще, исторіи законодательства по преимуществу (Осн. § 12 прим.).

Кукольникъ излагаетъ вкратцѣ внѣшнюю исторію права, обнаруживая при этомъ критическое отношеніе къ древнѣйшимъ памятникамъ; такъ, до Карамзина онъ сомнѣвается въ подлинности церковнаго устава Владиміра Св. на томъ основаніи, что уставъ упоминаетъ о воспріятіи Владиміромъ крещенія отъ патріарха Фотія, жившаго почти за сто лѣтъ до этого событія (Осн. § 18 прим.). По внутренней исторіи ¹⁾,— догмѣ наслѣдственнаго права предпосланъ систематическій и недурной для того времени очеркъ развитія этого института (Осн. §§ 162-169). Здѣсь дѣйствующее право такъ органически-тѣсно связано съ предшествующимъ, что первое не всегда понятно безъ знакомства съ послѣднимъ. Кукольникъ подчеркиваетъ наличность такой связи и предупреждаетъ, что въ цѣляхъ методологическихъ онъ остановился на «главнѣйшихъ только перемѣнахъ, сколько сіе знать нужно для точнаго изъясненія новѣйшихъ постановленій о наслѣдствѣ, состоящихъ понынѣ въ полной силѣ закона» (Осн. § 162).

Тщательно отграничивая гражданское право отъ другихъ юридическихъ дисциплинъ, Кукольникъ прекрасно сознаетъ всю важность такого разграниченія. Онъ предлагаетъ читателю свой учебникъ, какъ «важнѣйшую и *всѣмъ состояніямъ гражданъ общую* часть отечественнаго права, отдѣленную и самыми существенными чертами отличенную отъ всѣхъ прочихъ отраслей государственныхъ правъ и другихъ смежныхъ съ ними наукъ».

Въ распредѣленіи матеріала Кукольникъ слѣдуетъ институціонной системѣ, обозначая предметами гражданского права: лица, вещи и дѣянія гражданъ. Первый отдѣлъ дѣлится на 4 главы: о лицахъ вообще, о бракѣ, о взаимномъ отношеніи родителей и дѣтей и наконецъ объ опеѣ и попечительствѣ; послѣдній отдѣлъ «о дѣяніяхъ» — на 6 главъ (въ Рос. Гр. Пр.): объ обязанностяхъ, о договорахъ вообще, о главныхъ безвозмездныхъ договорахъ, о главныхъ возмездныхъ договорахъ, о побочныхъ или обезпечительныхъ договорахъ и наконецъ —

¹⁾ Нѣкоторые историческія замѣчанія разсѣяны и въ отдѣльныхъ §§-хъ. Ср. Осн. §§ 64, 69, 178, 188. Гр. пр. §§ 99, 94, 221 232; прим. къ §§ 173, 228.

о прекращеніи договорнаго права. Все остальное вошло во второй, самый обширный отдѣлъ: «о вещахъ».

Въ качествѣ систематическаго изложенія русскаго гражданскаго права во *всемъ* его объемѣ и какъ *самостоятельной дисциплины*, «Начальныя основанія» могутъ быть справедли-во названы *первымъ* по времени печатнымъ трудомъ въ этой области знанія. Конечно, не можетъ считаться предшественникомъ «Основаній» — «Краткое начертаніе римскихъ и російскихъ правъ съ показаніемъ купно обоихъ» Артемьева (1777 г.). Незрѣлое, почти зачаточное произведеніе, оно, прежде всего, какъ свидѣтельствуешь уже его заглавіе, представляетъ смѣсь русскаго съ римскимъ. Болѣе самостоятельно въ обработкѣ предмета «Краткое руководство къ систематическому познанію гражданскаго частнаго права Россіи» (собственно вторая часть) профессора Терлаича (1810 г.), но сліяніе разнородныхъ началъ наблюдается и здѣсь, хотя въ меньшемъ размѣрѣ; въ частное право вплетаются нормы публичнаго, изложеніе тяжело и туманно, система не выдержана, сырой матеріалъ простран-ныхъ выписокъ изъ указовъ, безпорядочно нагроможденный, заслоняетъ содержаніе книги. Въ 1811 г. началъ печатаніемъ огромный трудъ Горюшкина «Руководство къ познанію російскаго законоискусства». Стремясь изложить *все* отечественное законодательство во *всѣхъ* его развѣтвленіяхъ, Горюшкинъ, разумѣется захватываетъ и гражданское право. Но послѣднее, благодаря своеобразному плану сочиненія, не находитъ самостоятельнаго мѣста въ Горюшкинской системѣ; оно разсовано между разными правами: домашнимъ, сосѣдскимъ, сельскимъ и т. п. вплоть до государственнаго, въ послѣднемъ подъ названіемъ «права особеннаго». «Право семейное» почти открываетъ первый, а «право вещественное» заканчиваетъ послѣдній четвертый «переплетъ» (томъ), вышедшій въ 1816 г.

Кукольникомъ начинается новая система изложенія гражданскаго права въ досводной литературѣ.

Въ 1814/15 г.г. появляется «Опытъ начертанія російскаго частнаго гражданскаго права» Вельяминова-Зернова въ 2 частяхъ. Въ 1815 г. Комиссія составленія законовъ приступаетъ къ печатанію многотомнаго «Систематическаго свода», гдѣ узаконенія по гражданскому праву цѣликомъ или въ выпискахъ размѣщаются по «матеріямъ» (предметамъ), и каждой группѣ указовъ предпосылаются тезисы, изъ нихъ извлечен-

ные. Отдѣльное изданіе тезисовъ въ двухъ книжкахъ, въ 1818 и въ 1822 г.г., составило «Основанія руссійскаго права».

Въ обоихъ сочиненіяхъ та же «краткость и объемлемость предметовъ»¹⁾, какъ и въ «Начальныхъ основаніяхъ» Кукольника, то же распредѣленіе матеріала, тѣ же параграфы-тезисы съ подстрочными ссылками на законы; у Вельяминова-Зернова такой же очеркъ внѣшней исторіи русскаго права вообще и внутренней исторіи наслѣдственнаго права въ частности.

«Опытъ начертанія» и «Основанія» комиссіи — количествомъ нормъ и подстатейныхъ указаній на источники оказались богаче «Начальныхъ основаній»; занятія гражданскимъ правомъ составляли лишь эпизодъ въ многосторонней дѣятельности Кукольника, тогда какъ «Опытъ» — плодъ «многолѣтняго упражненія» автора «въ руссійскомъ законодательствѣ»²⁾ «при отправленіи гражданскихъ должностей», а «Основанія» Комиссіи — результатъ продолжительныхъ усилій дѣлаго правительственнаго учрежденія, на которое нарочито были возложены выборка и сводка законодательнаго матеріала.

Кромѣ того преимущики Кукольника имѣли и нѣкоторыя внѣшнія преимущества. Въ то время, какъ Кукольникъ искалъ примѣненія закона по силѣ и разуму его, Вельяминовъ-Зерновъ и Комиссія стояли на точкѣ зрѣнія буквального исполненія закона, «по точнымъ словамъ» его. Вельяминовъ дѣликомъ приводитъ § 153 Екатерининскаго Наказа (I §§ 5-7), Комиссія включаетъ тотъ же § въ число законодательныхъ источниковъ подъ своей ст. 45, развивающей ту же тему. Такая точка зрѣнія, примѣненная къ самому изложенію предмета, придавала «Опыту начертанія» и «Основаніямъ» Комиссіи болѣе дѣловой характеръ; въ послѣднемъ изданіи меньше общихъ положеній и параграфы-тезисы по своей редакціи ближе напоминаютъ статьи какой-либо книги законовъ. Въ глазахъ лицъ, готовившихъ себя къ практической карьерѣ, это являлось лишнимъ достоинствомъ. Тотъ же Хавскій, ко-

1) Такъ характеризуетъ Хавскій сочиненія Вельяминова-Зернова и Горегляда (по уголовн. праву). См. Лекція, читанная при публичномъ преподаваніи правилъ руссійскаго законовѣдѣнія приуготовляемымъ... въ аудиторы для армейскихъ полковъ секретаремъ Сената П. Хавскимъ 16 февраля 1818 г. Москва (1818 г.) стр. 10.

2) См. посвященіе кн. Лопухину въ началѣ I части «Опыта».

торый въ монографіи «О наслѣдствѣ» ¹⁾ (1817 г.) ссылается на Кукольника и раздѣляетъ его мнѣнія ²⁾,—въ своей лекціи 1818 г., перечисляя слушателямъ, будущимъ чиновникамъ, *общія* руководства, необходимыя въ предстоящей имъ служебной дѣятельности, называетъ, по предмету русскаго гражданскаго права, единственно «Опытъ начертанія» и труды Комиссіи, послѣдніе прежде всего ³⁾.

Наконецъ, «Основанія» комиссіи исторіей своего происхожденія были облечены еще силою внѣшняго авторитета. Сама Комиссія придавала своимъ изданіямъ офиціозное значеніе. Когда Куницынъ на страницахъ «Сына Отечества» подвергъ критикѣ нѣкоторые тезисы I тома «Систематическаго свода», онъ прежде всего выслушалъ отвѣдъ за непочтительность. Комиссія, возражалъ въ томъ же журналѣ руководитель ея работъ, баронъ Розенкампфъ, «вправѣ была ожидать отъ искусныхъ правовѣдцевъ, что они не оступятъ отъ должнаго уваженія къ мѣсту, занимающему одну изъ первѣйшихъ степеней между государственными правительствами, разсѣиваніемъ преждевременныхъ замѣчаній на его труды ⁴⁾». Предисловіе къ «Основаніямъ», сравнивая послѣднія съ «Институтами» Юстиніана, а систематическій Сводъ съ Пандектами, высказывало убѣжденіе, что «собраніе сіе... должно служить руководствомъ для присутственныхъ мѣстъ», и такая увѣренность подтверждалась.

Опасное соперничество Вельяминова-Зернова и Основаній Комиссіи умаляло *практическое* значеніе Кукольника, а самъ онъ не предпринималъ ничего, чтобы поддержать свою популярность въ области русскаго правовѣдѣнія, такъ счастливо начавшуюся. Всегда разнообразный въ своихъ духовныхъ стремленіяхъ и отдавая каждый разъ другомунаучному влеченію, онъ больше не расширялъ и не возобновлялъ своей книги, а преждевременная смерть и навсегда лишила его этой возможности. По мѣрѣ же того, какъ буквальное исполненіе все крѣпче становится догмою русскаго правосудія, а утилитарное направленіе захватываетъ русскую цивилистику, Кукольника обходятъ

¹⁾ Болѣе подробное заглавіе «О наслѣдствѣ завѣщательномъ, родственномъ и выморочномъ» Москва 1817 г.

²⁾ Ср. стр. 106—107. Ссылка на «Нач. осн.» Кукольника.

³⁾ Лекція е. с. Разумѣтся, рекомендуются еще сборники законовъ и въ этомъ только смыслъ Горюшкинъ.

⁴⁾ «Сынъ Отечества» 1819 г. т. 52 стр. 242—243.

и какъ теоретика русскаго гражданскаго права, и весь онъ отодвигается на задній планъ въ *текущей* литературѣ предмета.

Но, обозрѣвая *прошлое* и оцѣнивая Кукольника въ мѣру его научныхъ заслугъ, необходимо признать, что за нимъ остается не только *первенство* въ систематическомъ изложеніи русскаго гражданскаго права.

«Опытъ начертанія» и «Основанія» Комиссіи остались незаконченными, не дойдя до обязательствъ. «Начальные основанія» и «Россійское частное гражданское право» Кукольника даютъ весьма приличное для того времени «отдѣленіе» (III) «о дѣяніяхъ и о правахъ и обязанностяхъ, отъ того произтекающихъ» и такимъ образомъ сохраняютъ до Свода законовъ значеніе *единственнаго* произведенія, изображающаго догму во *всемъ* ея объемѣ¹⁾.

Съ другой стороны и въ *отдѣльныхъ* вопросахъ,—нѣкоторые изъ нихъ понынѣ служатъ яблокомъ раздора въ русской юридической литературѣ,—Кукольникъ нерѣдко предлагаетъ рѣшеніе болѣе тонкое и удачное, чѣмъ Вельяминовъ-Зерновъ и Комиссія законовъ или Сводъ 1832 г. Чтобы не осложнять изложенія, достаточно нѣсколькихъ примѣровъ. Таковы разсужденія Кукольника о приобрѣтательной давности, о моментѣ перехода собственности при договорахъ объ отчужденіи, о наслѣдованіи родителей.

Институтъ приобрѣтательной давности предполагается пересаженымъ на русскую почву изъ французскаго законодательства при посредствѣ Свода 1832 г. Такое заключеніе выводится изъ того, что источники, показанные подъ ст. 316, послѣ тщательной ихъ критики, не оправдываютъ тезиса, внесеннаго въ текстъ закона, а самъ законъ по своей редакціи обнаруживаетъ наибольшую близость съ 2229 ст. Гражд. Кодекс. Наполеона. Въ дѣйствительности русская практика и юридическая литература, примѣняясь къ положеніямъ преимущественно манифеста 1787 г. о давности иска²⁾, задолго

¹⁾ «Новѣйшее руководство къ познанію Россійскихъ законовъ» Иллариона Васильева, Москва 1827 г., во 2-й части только вскользь касается общихъ началъ договорнаго права, обращая все вниманіе на «акты», т. е. на форму, а не существо.

²⁾ Вельяминовъ-Зерновъ ссылается по поводу „испоконнаго владѣнія“, имѣющаго также „дѣйствіе давности“, на межевыя правила инструкціи (§ 140); Комиссія—на начертаніе правилъ по разбору земельныхъ споровъ въ Крымскомъ полуостровѣ при указѣ 19 мая 1802 г.

до Свода пытаются возсоздать въ болѣе или менѣе удачной формѣ институтъ *русской* приобрѣтательной давности. По справкѣ II отдѣленія, въ его докладѣ, предшествовавшемъ В. У. М. Г. С. 23 Апрѣля 1845 г., Сводъ выразилъ то, «что уже существовало давно въ судебной практикѣ»¹⁾. Старый судья Захарій Горюшкинъ безъ колебаній признавалъ, что вещи приобрѣтаются «или по волѣ тѣхъ, которые ихъ имѣютъ, или по наслѣдственному праву, или десятилѣтней давностью» и указывалъ «на приобрѣтеніе имѣній по давности — черезъ безспорное оными въ сіе время владѣніе». (Законоиск. IV, 1816 г. §§ 4153 и 4164). «Основанія» Комиссіи даютъ общую формулу: «владѣніе, хотя бы въ началѣ своемъ и не имѣло законнаго основанія, можетъ однако же обращено быть въ собственность или какое либо другое *право*, когда оно продолжается непрерывно и безспорно чрезъ опредѣленный законами срокъ» (II, 1822 г. § 28). Вельяминовъ-Зерновъ, различая давность «уничтожающую» и «приобрѣтающую», видитъ сущность послѣдней въ томъ, что непрерывное въ теченіе извѣстнаго времени владѣніе какимъ либо имуществомъ влечетъ приобрѣтеніе «онаго въ собственность» (II, §§ 135—136). Переходя къ отечественному праву, онъ объясняетъ, что «по нашимъ законамъ общій срокъ для приобрѣтенія давностью имущества полагается десять лѣтъ непрерывнаго и спокойнаго владѣнія» (§ 138). Но каждое изъ этихъ опредѣленій страдаетъ тѣми или иными недостатками. «Основанія» Комиссіи видятъ въ давности владѣнія источникъ не только права собственности, но и какого-либо (?) другого права. Вельяминовъ-Зерновъ, переходя къ вопросу о перерывѣ давности владѣнія, колеблеть установленное имъ же разграниченіе обоихъ видовъ давности. Онъ находитъ, что владѣніе прерывается, между прочимъ, и «добровольнымъ выполненіемъ нѣкоторой части обязательства, какъ-то, уплатою части долга» и т. д. (II § 141). Наконецъ, оба сочиненія упускаютъ изъ виду существенный признакъ владѣнія — его качество, какъ юридическаго владѣнія, въ отличіе отъ фактическаго держанія. Опредѣленіе Кукольника, какъ оно выразилось въ окончательной редакціи «Гражданскаго Права», болѣе точно и содержательно. О погашающей десятилѣтней

¹⁾ Докладъ напечатанъ у Энгельмана „О давности“ 3 изд. (1901 г., стр. 98).

давности, «прекращающей всякія права и обязанности», говорится во главѣ «о прекращеніи договорнаго права» (I § 346; ср. Нач. Ос. § 312), о приобрѣтательной давности въ главѣ «о гражданскихъ способахъ приобрѣтенія обладанія» (т.-е. собственности—по терминологіи Кукольника). «Давность владѣнія или десятилѣтній срокъ¹⁾ есть особенный гражданскій способъ, коимъ приобрѣтается обладаніе *чужой* вещи по *одному только* предлогу десятилѣтняго спокойнаго, т.-е. никѣмъ не оспореннаго владѣнія оною въ качествѣ настоящаго ея хозяина» (I § 173). Здѣсь выпукло намѣчена характерная черта русской приобрѣтательной давности «по одному только предлогу десятилѣтняго владѣнія», при чемъ для большей ясности въ особомъ примѣчаніи указано отличіе нашей давности отъ римской, требующей «справедливаго владѣнія», «доброй совѣсти владѣльца» и «качества вещи, по которому она могла быть симъ способомъ приобрѣтаема»²⁾. Формула Кукольника имѣетъ свои преимущества и предъ изложеніемъ Свода. Она вся заключена въ одномъ тезисѣ, тогда какъ Своду для той же цѣли понадобились три статьи³⁾, несогласная редакція которыхъ вызываетъ въ литературѣ непримиренные донинѣ споры. Терминъ «въ качествѣ настоящаго хозяина»—точнѣе позднѣйшаго двусмысленнаго «въ видѣ собственности». Наконецъ, у Кукольника нѣтъ того нагроможденія «прилагательныхъ», выясненіе истиннаго значенія которыхъ служитъ источникомъ столькихъ разногласій. Въ «Нач. Осн.» говорится еще о «спокойномъ и не оспоренномъ владѣніи» (§ 142); тщательно взвѣсивая слова, Кукольникъ замѣняетъ въ «Гр. Пр.» союзъ «и» союзомъ «т.-е.»; «спокойствіе» отождествлено съ «безспорностью»; въ этомъ же смыслѣ у Мейера⁴⁾: «спокойствіе владѣнія значитъ его безспорность», или у Побѣносева «спокойствіе разумѣется не въ смыслѣ фактическаго,

1) Въ „Нач. Осн.“ § 142 начинается словами: „Давность владѣнія или просрочка или 10-лѣтній срокъ“. Въ „Гр. Пр.“ просрочка пропущена. Этотъ пропускъ, показывая эволюцію юридической мысли Кукольника, свидѣтельствуетъ объ обдуманной точности послѣдней редакціи.

2) Вопросъ о вещи, приобрѣтаемой давностью, выдвигается у насъ уже въ послѣдующее время; 343 ст. изд. 32 г. сюда причислить нельзя.

3) По изд. 32 г.—ст. 316, 340, 344; по изд. 57 г.—ст. 533, 537 и 565 (о срокѣ).

4) Русское гр. право; изд. (1894 г.) стр. 292.

но въ смыслѣ юридическаго спокойствія, т.-е. владѣніе не должно быть оспариваемо» ¹⁾). У Кукольника не показана «непрерывность», но она само собою содержится въ понятіи владѣнія въ теченіе опредѣленнаго срока; прерванное владѣніе не подходитъ подъ это требованіе, и сложеніе промежутокъ логически противорѣчитъ десятилѣтнему сроку. Тѣмъ менѣе нарушенное перерывомъ владѣніе можетъ почитаться спокойнымъ. По Шершеневичу, спокойствіе и непрерывность — равнозначные признаки ²⁾).

Вопросъ о моментѣ перехода права собственности при договорѣ отчужденія—вызывалъ въ досводной литературѣ неоднократныя попытки соединить въ одну схему-романистическую конструкцію и дѣйствующій въ Россіи вотчинный режимъ ³⁾).

Вельяминовъ-Зерновъ выводилъ слѣдующія положенія. «По праву естественному для перенесенія права собственности не требуется ничего, кромѣ договора. Но положительные законы отступаютъ въ семь случаевъ отъ законовъ естественныхъ. Они требуютъ для перенесенія права собственности еще нѣчто другое, сверхъ договора. И сіе то нѣчто другое и есть передача» (II, § 118 прим.). «Передача дѣлается 1) дѣйствительною выдачею вещи другому (§ 119), 2) вещь можетъ быть передана также посредствомъ какого-либо знака (правовѣды называютъ сего рода передачу Символическою—*traditio symbolica*), то-есть вмѣсто вещи можно выдать нѣчто такое, что оную представляетъ», наприим., «крѣпости, акты или другіе документы на оную» (§ 120).» Для *полной передачи* недвижимыхъ имуществъ, по нашимъ законамъ, требуется *еще* нѣкоторый особый обрядъ, извѣстный подъ именемъ справки и отказа имѣнія» (§ 121). Почти то же въ «Основаніяхъ» Комиссіи законовъ. «Для *приобрѣтенія* собственности отъ другого требуется: а) *предлогъ*, который основывается на договорѣ и распоряженіи на случай смерти и б) *передача*» (§ 87). «Передача совершается не только дѣйствительною выдачею вещи другому, но и другимъ образомъ, какъ наприим., полученіемъ коносаментъ!» (§ 88). «По *приобрѣтеніи* такимъ образомъ собственности требуется

¹⁾ Курсъ гр. права (1890 г.) ч. 1 стр. 185.

²⁾ Учебн. рус. гр. права 9 изд. (1911) стр. 270.

³⁾ *Базановъ*. Вотчинный режимъ въ Россіи. Томскъ (1910), стр. 122—125.

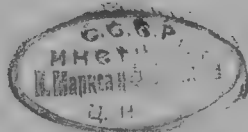
еще въ разсужденіи недвижимыхъ имуществъ окончательное утверждение, извѣстное подъ именемъ справки и отказа имѣнія» (§ 89).

340381
Такимъ образомъ, и «Опытъ начертанія» и «Основанія» Комиссіи проводятъ мысль, что договоръ рождаетъ лишь обязательственную связь, право требованія, и составляетъ «предлогъ» (causa), подготовляющій вещное право; актомъ же, переносящимъ самое право собственности, служитъ передача. Но сохранивъ такое значеніе передачи для движимости, оба сочиненія—«Опытъ» совершенно опредѣленно, «Основанія права» въ нѣсколько туманной формѣ—двоятъ актъ передачи по отношенію къ недвижимости. Здѣсь послѣ обыкновенной передачи (путемъ врученія купчей—*traditio symbolica*) требуется еще: по терминологіи Вельяминова-Зернова, «полная передача», по опредѣленію Комиссіи, «окончательное утверждение» въ видѣ справки и отказа, сливающихся съ вводомъ во владѣніе. Каково взаимное отношеніе врученія крѣпости и совершенія отказа въ этой системѣ двойной передачи, и какой изъ этихъ двухъ обрядовъ является рѣшающимъ, опредѣляя моментъ прехода права собственности, совершенно не выяснено. Самая редакція § 89 «Основаній права»—«по приобрѣтеніи собственности требуется еще окончательно утверждение»—доказываетъ, что всѣ эти вопросы такъ и остались висящими въ воздухѣ ¹⁾.

Къ сожалѣнію, теорія «двойной передачи» недвижимости оказала вліяніе на творца свода 1832 г. ²⁾. Въ извѣстной «объяснительной запискѣ содержанія и расположенія свода законовъ» Сперанскій по отношенію къ движимости находилъ, что «начало пользованія есть передача имущества, она соотвѣтствуетъ вводу во владѣніе, *de traditionibus symbolicis*».

¹⁾ Литература расходится въ характеристикѣ §§ 87—89 «Оск. Пр.» Комиссіи. Кассо (Къ исторіи Св. Зак. Гр. Ж. М. Ю. 1904 г. № 3 стр. 81—89, называетъ ихъ опредѣленіе краткимъ и яснымъ. *Базановъ* (I. с. стр. 123—124) считаетъ предложенную схему отказа неудачною и даже неестественною.

²⁾ Какъ на примѣръ живучести идеи «полной передачи» и окончательнаго утвержденія, можно указать на рѣшеніе общ. собр. сената 22 января 1853 г. (*Сборникъ*, составленный по Высочайшему повелѣнію. СПб. 1864 г., т. I, № 438, стр. 518). Установивъ, что по спорнымъ купчимъ былъ соблюденъ обрядъ справки и отказа, и что «по древнимъ нашимъ законамъ справка и отказъ... замѣняли нынѣшній вводъ», Сенатъ призналъ, что крѣпости Анненковой представляютъ «высшее выраженіе строгаго крѣпостнаго права».



Такимъ образомъ здѣсь устанавливается какъ бы полная параллель между передачей и вводомъ. Оказывается, однако, что въ опредѣленіи значенія купчей крѣпости отечественные законы расходятся съ правовыми воззрѣніями другихъ народовъ; «у нихъ купля есть договоръ, а у насъ послѣдствіе состоявшагося согласія», и «купчая крѣпость никогда не считалась обязательствомъ», составляя «*traditio symbolica*». Чтобы спасти схему, по отношенію къ недвижимости, выдвигается знакомая конструкція двойной передачи; «*двоякій вводъ во владѣніе по крѣпостямъ—врученіе крѣпости и дѣйствительный вводъ съ отказомъ*» ¹⁾. Эта мысль, легши въ основу I ч. X т., внесла въ систему укрѣпленія правъ раздвоеніе, котораго не изгладило законодательное измѣненіе въ 1836 г. ст. 884 св. зак. гр. изд. 1832 г. ²⁾, и которое только под черкнули судебные уставы различной редакціей статьи 1432 уст. гр. суд. о вводѣ и статей нотаріальнаго положенія о крѣпостныхъ актахъ ³⁾. Глава 3 разд. 3 кн. 2 т. X «о порядкѣ укрѣпленія правъ на имущество» породила неясность даже въ отношеніи движимости. Сюда одинаково попали и п. 3 ст. 404 объ укрѣпленіи правъ передачею самого имущества, и ст. 406 о приобрѣтеніи движимости всякими законными способами: письменными актами и словеснымъ соглашеніемъ ⁴⁾.

У Кукольника тотъ же вопросъ рѣшенъ кратко и ясно. Давъ опредѣленіе договора купли-продажи (Гр. Пр. I, § 291; Осн. § 243), который въ отношеніи недвижимости совершается въ формѣ купчей крѣпости (Г. П. I, § 297; Осн. § 250), а въ отношеніи движимости «простыми договорами» («изъявленіемъ на то взаимнаго согласія договаривающихся») «безъ всякой закон-

¹⁾ Записка напечатана въ Арх. ист. и практ. свѣд. Калачева 1859 г. кн. II. Она составляетъ въ сущности соединеніе двухъ записокъ, найденныхъ во II отдѣленіи и въ Императ. публичн. библиот., стр. 21—23.

²⁾ 884 ст. изъ двухъ крѣпостей на одно и то же имѣніе отдавала предпочтеніе той, которая была представлена къ явкѣ для ввода; при отсутствіи такой явки—той крѣпости, которая была прежде совершена. Законъ 1836 г. (п. с. № 19256) отдаетъ вообще предпочтеніе предшествующей купчей (ст. 1171 изд. 42 г.; нынѣ 1416 ст.).

³⁾ По ст. 1432 уст. гр. суд. «отмѣченный... въ реестрѣ крѣп. длѣть день ввода... считается началомъ *дѣйствительной* передачи и укрѣпленія права на имущество». Въ нот. под. ст. 66, 157, 177 и 198 связываютъ переходъ вотчинныхъ правъ съ утвержденіемъ акта». (Ср. Попова. Роль ввода во владѣніе, Ж. М. Ю. 1902 г. № 4, стр. 84—85).

⁴⁾ По изд. 1832 г.; ст. 707 и 711 по изд. 1857 г.

ной (т. е. обязательной по закону) формы» (Гр. П. I, § 260; Осн. § 213), Кукольникъ объясняетъ: «главнѣйшія права и обязанности, проистекающія изъ сего договора» купли-продажи, «суть слѣдующія: покупатель получаетъ право собственности купленной вещи, движимой черезъ передачу оной, недвижимаго же имѣнія чрезъ судебской отказъ» (Гр. П. I, § 298; Осн. § 251).

Въ отдѣлѣ о наслѣдствѣ Кукольникъ привлекаетъ вниманіе своей аргументаціей о правахъ восходящихъ. По этому вопросу въ литературѣ начала прошлаго столѣтія существовало значительное разнообразіе мнѣній. Терлаичъ (II, § 65) совсѣмъ устранялъ родителей. Вельяминовъ-Зерновъ находилъ, что «въ разсужденіи родственниковъ по восходящей линіи, законы наши предписываютъ только» отдачу матерямъ-вдовамъ, по смерти сыновей, изъ выслуженныхъ вотчинъ на прожитокъ безъ права продажи и залога (II, § 197)¹. «Основанія коммисіи», допуская возвратъ къ родителю имущества, уступленнаго имъ бездѣтно умершимъ дѣтямъ (II, § 149), и полученіе матерью-вдовою на прожитокъ изъ имѣнія безпотомнаго сына²) (§ 150), въ остальномъ пребываютъ въ сомнѣніи, которое разрѣшается довольно своеобразно: восходящіе допускаются къ наслѣдованію, но за отсутствіемъ у наслѣдодателя не только нисходящихъ, но и боковыхъ родственниковъ (§ 151 и прим.). Горюшкинъ признаетъ право родителей въ имуществѣ бездѣтно умершихъ дѣтей предпочтительно предъ другими родственниками, но строитъ свой выводъ на Кормчей (Законоискусство, IV, § 4159), при чемъ одинъ изъ примѣрныхъ процессовъ, изложенныхъ въ «Описаніи судебныхъ дѣйствій» того же автора, обнаруживаетъ, съ какимъ трудомъ, какими обходными путями, послѣ переборки многихъ законодательныхъ актовъ этотъ выводъ, наконецъ, достигается (т. III, 1808 г., стр. 640—662). Кукольникъ обращается непосредственно къ тому узаконенію, которое служитъ для практики отправнымъ пунктомъ и основаніемъ ея разсужденій въ данномъ вопросѣ. Ст. 1 главы 17 уложенія 1649 г., постановляя объ отдачѣ вотчинъ «братьямъ роднымъ и двоюроднымъ и въ родъ», предъ-

¹) «О возвратѣ отдѣленнаго имѣнія II, § 291».

²) Если за отцомъ не осталось недвижимости и съ правомъ замѣнить пожизненное владѣніе имѣніемъ—полученіемъ его четвертой части въ собственность, объявивъ о такомъ своемъ намѣреніи въ теченіе года.

полагаетъ, по мнѣнію Кукольника, что ни отца, ни дѣда нѣтъ уже въ живыхъ, и только примѣрно указываетъ, къ кому въ такомъ случаѣ наслѣдство переходитъ. Последующія же статьи того же уложенія говорятъ только о родѣ, «кто ближе того роду вотчичемъ», и истинный смыслъ закона, взятаго въ цѣломъ, не оставляетъ сомнѣнія, что имѣніе надлежитъ отдавать тому, кто ближе къ умершему (Гр. Пр. 1, § 209, въ изд. 1815 г. стр. 219—220; въ изд. 1816 г. стр. 211). «Между тѣмъ, буквально толкуя» примѣрное выраженіе ст. 1 глав. 17, стали заключать, «будто наслѣдство должно отдавать и мимо отца дальнимъ наслѣдникамъ, именованнымъ въ законѣ». Содержаніе указовъ 7184 и 7185 г. ст. 10 свидѣтельствуешь, «что и тамъ даже возникало сомнѣніе, давать ли оставшееся послѣ безпотомственнаго племянника наслѣдство родному дядѣ при двоюродныхъ братьяхъ, о которыхъ именно упоминаетъ законъ уложенія, не упоминая ничего о дядѣ. По такому толкованію надлежало бы въ недостаткѣ братьевъ родныхъ предпочесть двоюродныхъ роднымъ сестрамъ, коихъ также умалчиваютъ законы уложенія, а только упоминается объ нихъ въ послѣдовавшихъ дополнительныхъ указахъ». Но если даже «допустить, что есть какая-нибудь причина, впрочемъ не основанная на точномъ разумѣ законовъ, отдавать наслѣдство послѣ безпотомственныхъ роднымъ ихъ братьямъ, сестрамъ либо племянникамъ, мимо отца», какъ происходящимъ «по прямымъ линіямъ отъ того же общаго имъ съ умершимъ родоначальника», то «было бы прямо противно словамъ и разуму законовъ, предпочитать дядю или двоюродныхъ братьевъ родному, а слѣдственно всѣхъ въ томъ же родѣ ближайшему отцу (Гр. Пр. 1, § 215 примѣч.)». Все это приводитъ Кукольника къ заключенію, что, и при отсутствіи «особеннаго постановленія», право родителей наслѣдовать ихъ безпотомнымъ дѣтямъ логически вытекаетъ изъ общаго закона, повелѣвающего, «въ случаѣ недостатка нисходящихъ законныхъ наслѣдниковъ отдавать имѣніе ближайшимъ въ родѣ, каковы могутъ быть отецъ или дѣдъ» (§ 215).

Въ этомъ вопросѣ выводъ и аргументація Кукольника почти совпадаютъ съ разсужденіями Вотчинной Коллегіи, вѣдавшей дѣла о наслѣдствахъ. Въ Наказѣ депутату въ Екатерининскую Комиссію о сочиненіи проекта Новаго Уложенія Коллегія полагала «бездѣтнаго вотчинника недвижимое, ку-

пленное и изъ чужихъ родовъ собственно къ нему не по родству и не жалованное пришедшее, отдавать отцу, а буде отца не будетъ, и матери, а буде оныхъ не останется, то и дѣду съ отцовой стороны, *ибо и по Уложенію положено отдавать въ родъ, кто ближе*; когда же и того не будетъ, то ужъ братьямъ роднымъ» и т. д. ¹⁾.

Учрежденная въ 1882 г. Редакціонная Комиссія по составленію Гражданскаго Уложенія, обозрѣвая исторію вопроса, тоже приходитъ къ заключенію, что «въ прошломъ не оказывается основаній къ устраненію родителей отъ права наслѣдованія» и что молчаніе Уложенія и новоуказныхъ статей о родителяхъ не означаетъ еще устраненія послѣднихъ ²⁾.

«Буквенное» настроеніе брало, однако, верхъ, и когда по дѣлу Псищевой вопросъ о наслѣдованіи родителей въ имуществѣ ихъ безпотножно умершихъ дѣтей дошелъ до Государственнаго Совѣта, послѣдній въ исторической части своего мнѣнія, получившаго 18 марта 1823 г. Высочайшее утвержденіе, засвидѣтельствовалъ, что, за отсутствіемъ опредѣленнаго закона о правѣ наслѣдованія въ восходящей линіи, «пріобрѣтенное имѣніе *всегда* отдается въ родъ, а не родителямъ умершаго», и въ недостаткѣ нисходящихъ и боковыхъ становится выморочнымъ ³⁾. Правда, Государственный Совѣтъ сдѣлалъ тутъ же нѣкоторую уступку родителямъ, но оставилъ ее рядомъ оговорокъ. Сводъ Зак., избравъ В. У. М. Г. С. источникомъ нынѣ дѣйствующихъ 1141 и 1142 ст., сохранилъ всѣ эти оговорки и создалъ тѣмъ самымъ противорѣчія въ своей же системѣ. Опредѣливъ въ ст. 1121, что наслѣдство идетъ по линіямъ и, за отсутствіемъ нисходящихъ, обращается къ боковымъ, или въ опредѣленныхъ случаяхъ къ родителямъ и восходящимъ родственникамъ умершаго, Сводъ въ ст. 1141—1142, помѣщенныхъ въ особое отдѣленіе «о

¹⁾ *Сб. Рус. Ист. Общ.*, т. 43, стр. 179.

²⁾ Проектъ съ объясненіями кн. IV «Наслѣдственное право». СПб. (1903), стр. 43—45.

³⁾ П. С. З. 14 іюня 1823 г. № 29511. Необходимо отмѣтить, что въ 1810 г., при разсмотрѣніи проекта Гражд. Уложенія (Сперанскаго), тоже «разсуждаемо было, не удобнѣе ли сохранить порядокъ, *нынѣ существующій*, по коему отцы и матери въ наслѣдствѣ послѣ дѣтей, бездѣтно умершихъ, не имѣютъ частей», хотя въ конечномъ результатѣ «всѣ члены Совѣта, исключая одного, полагали принять вводимую въ Проектъ перемѣну». *Арх. Гос. Сов.*, т. IV (за 1810—1825 гг.) по Д-ту Зак. (СПб. 1874 г.), ч. 1, стр. 39.

порядкѣ наслѣдованія въ линіи восходящей», повторяетъ, что родители не наслѣдуютъ послѣ дѣтей въ приобрѣтенномъ послѣдними имуществѣ, и что уступленное родителями дѣтямъ имущество возвращается къ первымъ «не въ видѣ наслѣдства, а яко даръ»¹⁾.

«Дѣянія» въ обработкѣ Кукольника, за отсутствіемъ соотвѣтственнаго отдѣла у Вельяминова-Зернова и въ «Основаніяхъ» Комиссіи, допускаютъ сравненіе только съ IV книгой X тома. Въ своихъ юридическихъ опредѣленіяхъ и тезисахъ, извлеченныхъ изъ дѣйствующаго права, Кукольникъ во многомъ сходится съ Сводомъ, но опять-таки въ нѣкоторыхъ случаяхъ имѣетъ передъ нимъ свои преимущества. Последнее можетъ быть подтверждено нѣсколькими примѣрами, которые, для сокращенія изложенія, заимствуются только изъ главы «Гражданскаго права» — «о договорахъ и контрактахъ вообще»²⁾.

Эта глава открывается ст. 250 и 251: «Договоръ есть согласіе двухъ или болѣе лицъ, на одно что-нибудь изъявленное ими и взаимно принятое... Цѣль договоровъ... есть приобрѣтеніе права на вещь, либо на дѣяніе, составляющія предметъ оныхъ». Ст. 1528 т. X гласитъ: «Договоръ составляется по взаимному согласію договаривающихся лицъ»³⁾. Предметомъ его могутъ быть или имущества, или дѣйствія лицъ».

По § 256 «Гр. пр.» «недѣйствительное бываетъ согласіе, исторженное *незаконнымъ* принужденіемъ или обманомъ, также изъявленное въ заблужденіи». Ст. 701 т. X гласитъ: «свобода произвола и согласія нарушается: 1) принужденіемъ и 2) подлогомъ».

1) Ст. 1141—1142 даже не выяснили вопроса объ указанной долѣ вдовы, отчего произошла контраверза по поводу 1142 ст. въ литературѣ (ея обзорѣ у *Анненкова*. Система гр. права, VI, 1902 г., стр. 315) и въ практикѣ (до рѣш. гр. касс. деп. сен. 1883 г. № 34). Между тѣмъ уже въ пунктахъ къ указу о единонаслѣдіи (П. С. 1725 г., № 4722) предусматривается, что если осталась вдова, то мать послѣ бездѣтнаго сына получаетъ не все имѣніе, а за вычетомъ вдовой доли — $\frac{3}{4}$; точно также Наказъ Сената въ Екатерининскую Комиссію объ Уложеніи, допуская поворотъ къ отцу имѣнія, подареннаго имъ бездѣтно умершему сыну, оговаривается: «если женаты бывши, то за указанною частію женѣ, буде же бы не женаты, такъ и всего онаго» (Сборн. Русск. Истор. Об-ва, т. 43, стр. 26).

2) Ссылки на X томъ по послѣднему изданію, на Кукольника по «Гражд. пр.».

3) Объ этой тавтологіи у *Винавера* «Объ источникахъ X т.» въ книгѣ «Изъ области цивилистики». СПб. (1908 г.), стр. 37.

И Кукольникъ и X т. одинаково извлекаютъ «*принужденіе*» изъ 251 ст. гл. X улож. 1649 г., но Кукольникъ отъбняетъ «*принужденіе*» прилагательнымъ «*незаконное*». Таковую же поправку вносятъ французскіе комментаторы въ соотвѣтственные §§-ы Гражд. код. Наполеона ¹⁾. Отсутствіе этого существеннаго признака въ ст. 701 т. X и его замѣна пояснительной 702 ст. породили только колебанія въ практикѣ, пока правит. сенатъ въ 1901 г. не разъяснилъ, что принужденіе охватываетъ и нравственное насиліе, но необходимо, чтобы угроза была противозаконной ²⁾.

«*Подлогъ*» ст. 701 только путемъ толкованія и сопоставленія съ другими статьями 1 ч. X т. принимается въ обширномъ смыслѣ обмана, въ отличіе отъ одного изъ частныхъ случаевъ послѣдняго ³⁾. Ближайшій источникъ этого неудачнаго термина—правила 21 февраля 1803 г. ⁴⁾, обязывающія министра внутреннихъ дѣлъ «при разсматриваньи условій» между крестьянами и помѣщиками, наблюдать, чтобы крестьяне были охранены «отъ подлога и принужденія» ⁵⁾. «Гр. пр.» употребляетъ выраженіе «*обманъ*» и ссылается на указъ 3 апрѣля 1781 г. «о судѣ и наказаніяхъ за воровство», п. 5 «о воровствѣ-мошенничествѣ» ⁶⁾. Въ другомъ мѣстѣ самъ Кукольникъ осторожно предупреждаетъ, что законы, въ сущности, не содержатъ «точного опредѣленія» о ничтожности сдѣлки по этой причинѣ, а только угрожаютъ наказаніемъ за обманъ и «предписываютъ удовлетвореніе обиженному» (I, § 293); но разъ предстояла необходимость подкрѣпить общій тезисъ 701 ст. т. X опредѣленной ссылкой на опредѣленный законъ, то болѣе подходящимъ представлялся указъ 1781 г., предусматривающій разнообразныя виды обмана, между прочимъ и при сдѣлкахъ.

Изъ понятія «добровольнаго согласія» Кукольникъ выво-

¹⁾ Ст. 1109 и 1117. Проектъ 1905 г. нашей редакц. ком. въ ст. 60 также опускаетъ этотъ признакъ.

²⁾ Сенатъ добавляетъ «и безнравственной» рѣш. гр. кас. департ. сен. 1901 г. № 21.

³⁾ Васильковскій «Ученіе о толкованіи». Одесса, 1901 г., стр. 51.

⁴⁾ П. с. в. № 20625, II, § 1. Рѣчь идетъ о сдѣлкахъ по закону 20 февраля 1803 г.

⁵⁾ Ст. 701 ссылается еще на ст. 35 и 36 гл. 17 улож. 1649 г. о совершеніи крѣпостныхъ актовъ на чужое имущество, выдаваемое за свое, и о рукоприкладствѣ на актахъ за неграмотнаго безъ вѣдома и согласія послѣдняго. Неграмотный, облыжно оговаривающій рукоприкладчика, наказывается.

⁶⁾ П. с. в. № 15147.

дить еще отрицательный моментъ «*заблужденія*» (§ 256), когда оно «касается до сущности предмета» сдѣлки (§ 293). Сводъ тоже начинается съ непринужденности и свободы произвола и согласія (ст. 700 и 701), но такого вывода не дѣлаетъ и не вноситъ случая «ошибки» въ перечисленіе 701 статьи.

Короче 1539 статьи т. X ч. 1¹⁾ Кукольникъ излагаетъ правило толкованія договоровъ. «Сила и точный разумъ контрактовъ опредѣляется самой сущностію и условіями оныхъ; по сему всѣ права и обязанности, проистекающія отъ контрактовъ, основываются на ихъ природѣ и условіяхъ, и оными ограничиваются» (§ 262).

Наконецъ, тотъ же § 262 излагаетъ: «законы повелѣваютъ судьямъ, чтобы они утверждали рѣшенія по договорнымъ дѣламъ на точномъ разумѣ контрактовъ, не уважая никакихъ побочныхъ обстоятельствъ». Соотвѣтственная 1536 ст. X т. гласитъ: «договоры должны быть исполняемы по точному оныхъ разуму, не уважая побочныхъ обстоятельствъ и не взирая ни на какихъ особъ». И Кукольникъ и Сводъ равно заимствуютъ свой тезисъ изъ именного указа 10 апрѣля 1766 г., «объ охраненіи судебнымъ мѣстамъ постановляемыхъ между частными лицами контрактовъ»²⁾, но пользуются этимъ источникомъ разное.

§ 262 пропускаетъ слова «не взирая ни на какія персоны». Ст. 1536 ихъ сохраняетъ, замѣняя «персонъ»—«особами». Указъ 1766 г. вызванъ современнымъ ему состояніемъ правосудія, грозившимъ «охраненію въ народѣ нужнаго кредита», и тамъ и тогда было уместно напоминаніе судамъ и полиціи, «гдѣ таковыхъ разборовъ» по контрактамъ «болѣе всего бываетъ», не считаться съ персонами при чиненіи рѣшеній, но та же фраза въ *Сводѣ* вызываетъ недоумѣніе.

§ 262, согласно исторіи и цѣли нормы, предлагаетъ правило для суда и на случай суда. Когда возникаетъ необходимость въ понудительномъ исполненіи, *судъ обязанъ* утвердить рѣшеніе на точномъ разумѣ договора. Ст. 1536, судя по ея редакціи, предполагаетъ *добровольное* исполненіе; но, въ

¹⁾ Источникъ ст. 1539 т. X ч. I—п.п. 146—151 Положенія 17 октября 1830 г. (п. с. в. № 4007), которые въ свою очередь воспроизводятъ §§ 50—56 ч. 3 пр. гр. улож. Сперанскаго (арх. гос. сов. Спб. по д-ту законовъ т. IV, ч. I за 1810—1825 гг.).

²⁾ П. с. в. № 12616.

этомъ случаѣ, *стороны вольны* и взирать на особы и уважать побочныя обстоятельства, и даже поступать не по точному смыслу договора, лишь бы контрагентъ, имѣющій право требованія, на то соглашался. Какъ предписаніе для *сторонъ* пока отношенія между ними протекають мирно, ст. 1536 бездѣйствуетъ.

«Начальныя основанія» называли теоріей только догму матеріальнаго права, противопоставляя первую *«практическому обряду судопроизводства»*. Въ «Гражданскомъ правѣ» Кукольникъ расширяетъ свою программу въ отношеніи процесса. Онъ считаетъ предметомъ второй части «науку» или «теорію обряда» (II, § 14) и въ подзаголовкѣ «обрядъ гражданского дѣлопроизводства» опускаетъ слово «практическій».

Благодаря состоянію источниковъ права, «теорія» русскаго «обряда» давалась не легко. Въ рескриптѣ 25 августа 1801 г. на имя гр. Завадовскаго, сама верховная власть признавала, что «правила обрядовъ, бывъ разсѣяны во многихъ законахъ, едва лучшимъ законоискусникамъ во всей подробности ихъ свѣдомы»¹⁾. Приходилось тратить усилія на розыскъ законодательнаго матеріала, прежде чѣмъ отъ него восходить къ общимъ началамъ.

Ранняя попытка «теоріи» въ этой области знанія принадлежитъ Филиппу-Генриху Дильтею. Тиролецъ родомъ, докторъ правъ вѣнскаго университета, приглашенный въ Москву въ 1756 г., онъ напечаталъ въ 1779 г. на латинскомъ и русскомъ языкахъ: «Изслѣдованіе юридическое о принадлежащемъ для суда мѣстѣ, о судебной власти, о должности судейской и т. д.», «сочиненное въ пользу учащихся юриспруденціи при московскомъ университетѣ», гдѣ Дильтей состоялъ профессоромъ права.

Дильтей извѣстенъ въ русской юридической литературѣ «Начальными основаніями вексельнаго права»²⁾. Въ «пред-

¹⁾ П. с. в. № 19989.

²⁾ Полное заглавіе «Начальныя основанія вексельнаго права, а особливо російскаго, купно и шведскаго». I изд. Москва 1769 г. Шведскій вексельный уставъ прибавленъ, «дабы употребленіе книги служило во-

увѣдомленіи» къ читателю самъ авторъ указываетъ, что «сія книга... выбрана изъ Гейнекція и потому справедливо можно сказать, что сей есть російскій вексельный уставъ, расположенъ по гейнекціевой вексельныхъ правъ системѣ». Въ изысканіи русскихъ законовъ Дильтей пользовался помощью кн. Циціанова, «мужа въ російской юриспруденціи преискуснаго». Той же системѣ изложенія слѣдуетъ «изслѣдованіе юридическое»: основой изученія русскихъ процессуальныхъ законовъ служить здѣсь римское право.

Благодаря характеру всеобщности¹⁾, присущему вексельному праву, и кодификаціи послѣдняго еще при Петрѣ II въ уставѣ 1829 г., имѣющемъ, несомнѣнно, иностранное происхожденіе, «сношеніе Гейнекціевыхъ правилъ съ російскимъ вексельнымъ уставомъ» создало книгу, отвѣчавшую потребностямъ русскаго дѣлового міра, выдержавшую съ 1769 по 1801 г.г. шесть изданій и еще въ двадцатыхъ годахъ минувшаго столѣтія считавшуюся «классической»²⁾. Тотъ же пріемъ изслѣдованія, при разбросанности правилъ о русскомъ процессѣ и разнородности ихъ началъ съ положеніями римскаго права, кончился неудачей: римское право доминируетъ; ссылки на русскіе законодательные источники представляютъ только параллели, которыя должны убѣждать въ томъ, что «такое-то явленіе или ему подобное» наблюдается также «и въ Россіи»; аналогіи нерѣдко искусственны и ведутъ къ неправильному освѣщенію предмета³⁾... «Изслѣдованіе юридическое» осталось поэтому чуждымъ русскому читателю и было предано забвенію.

Если Дильтей подгонялъ нормы русскаго процесса подъ конструкцію римскаго права, то современникъ Кукольника Горюшкинъ⁴⁾ искалъ самобытности даже въ распредѣленіи ма-

обще, какъ въ шведскихъ, такъ и въ російскихъ провинціяхъ, правомъ шведскимъ пользующихся, какъ то: живущихъ въ Лифляндіи, Эстляндіи и въ прочихъ провинціяхъ». См. письмо автора къ Вяземскому (цитировано по 4 изд. 1787 г. стр. XIII—XIV). Слѣдов.—это учебникъ русскаго права: имперскаго и мѣстнаго.

1) Это «сходство вексельныхъ законовъ» подчеркиваетъ самъ Дильтей. Стр. 16.

2) *Хавский*. Лекція, 1. с., стр. 12.

3) Биографич. словарь профессоръ московск. университ. Москва ч. I (1855 г.), статья Капустина, стр. 307.

4) Прекрасный очеркъ о Горюшкинѣ Коркуновъ: въ Ж. М. Ю. 1894, № 7, также въ „Исторіи философіи права“.

теріала. Предисловіе къ «Законоискусству» безъ лишней авторской скромности объявляетъ, что «послѣ сего изданія занимающіеся познаніемъ системъ чуждыхъ законовъ единственно для одного порядка, въ нихъ наблюдаемаго, не нужнымъ почитутъ погублять время и труды на таковое себя усовершенствованіе, которое въ нашемъ Отеествѣ ни имъ самимъ, ни обществу, ни особливому каждому *никогда* никакого плода не принесетъ» ¹⁾).

Горюшкинъ прошелъ всѣ ступени гражданской службы. Начавъ ее мальчикомъ въ Воеводской Канцеляріи, онъ продолжалъ ее въ Сыскомъ и Судномъ приказахъ, въ Вотчинной и Юстицъ Коллеіи и въ Московской Палатѣ уголовного суда и выступилъ на литературное поприще во всеоружіи почти полувѣкового опыта ²⁾. При такихъ условіяхъ отъ Горюшкина скорѣе, чѣмъ отъ всякаго другого, можно было ждать цѣльнаго и полнаго изслѣдованія тогдашняго русскаго процесса. Къ сожалѣнію злополучная система «Законоискусства», отразившаяся неблагоприятно на изложеніи гражданского права, оставила и здѣсь такіе же слѣды. Долю вліянія оказало и пристрастіе автора къ дробной классификаціи, о которой еще въ 1818 г. Хавскій, видимо, не безъ ироніи писалъ: «г. Горюшкинъ издалъ огромный трудъ сей по *своей* системѣ. Сіе сочиненіе имѣетъ главныя дѣленія на четыре переплета (то есть книги), переплетъ на главы, главы на отдѣленія, отдѣленія на раздѣленія, раздѣленія на члены, и далѣе на составы, степени, отдѣлы, раздѣлы, статьи, знаки, буквы. Отдадимъ справедливость сему почтенному мужу, отличившемуся въ свой вѣкъ трудолюбіемъ по части Законоискусства» ³⁾.

Изрѣзанный на «члены» и «суставы», Горюшкинскій процессъ оказался распредѣленнымъ по разнороднымъ отдѣ-

¹⁾ „Всеобщее обозрѣніе книги и т. д.“ въ I т. „Законоискусства“ § 17.

²⁾ Въ рѣчи, читанной 5 сент. 1790 г. въ благородномъ пансіонѣ при московскомъ университетѣ, при открытіи класса „россійскаго практическаго законоискусства“, самъ Горюшкинъ подчеркиваетъ свое „безпрерывное въ теченіе почти 30 лѣтъ самымъ дѣломъ упражненіе въ судебныхъ мѣстахъ, начиная отъ первыхъ канцелярскихъ степеней“. (Рѣчь напечатана въ I т. Законоискусства, стр. VI). Съ тѣхъ поръ до напечатанія I т. Судебныхъ дѣйствій прошло еще 17 лѣтъ. „Всеобщее Обозрѣніе книги“ (§ 10) въ свою очередь напоминаетъ, что сей трудъ есть полувѣковый плодъ усерднаго сына Отечества, упражнявшагося самымъ дѣломъ въ познаніи отечественныхъ законовъ; тамъ же приводится краткій формуляръ службы Горюшкина.

³⁾ Хавскій. Лекція, I с., стр. 9.

ламъ. Вмѣстѣ съ судоустройствомъ онъ вошелъ въ сосѣдское, уѣздное и губернское право, и хотя отправленію правосудія отведена особая рубрика, «сохраненіе добраго порядка», пріютившаяся въ свою очередь между законами государственнаго устройства или благосостоянія, но на долю этой рубрики осталось уже очень немного.

Самъ авторъ считалъ «Законоискусство» лучшимъ памятникомъ своей литературной славы. Въ дѣйствительности преимущественнаго вниманія заслуживаетъ «Описаніе судебныхъ дѣйствій» (1807—1808 гг.). Занявъ въ 1786 г. въ Московскомъ Университетѣ кафедру «россійскаго практическаго законоискусства», Горюшкинъ устраивалъ между прочимъ при «благородномъ пансіонѣ» примѣрные засѣданія, распредѣляя между слушателями роли членовъ присутствія, сторонъ, свидѣтелей и т. п. На этой почвѣ выросло ¹⁾, и въ той же драматической формѣ примѣрнаго суда изложено «Описаніе». Оно изображаетъ вторую часть въ дѣленіи «законоискусственной науки» на теоретическую (умозрительную) и практическую (дѣятельную). Последняя и изъясняется «самимъ наиблагопримѣнительнѣйшимъ къ отправленію дѣлъ, касающихся до правосудія, образомъ въ книгѣ... подъ названіемъ Судебныхъ Дѣйствій» ²⁾.

Въ то время, какъ самостоятельная теорія и строго догматическое построеніе не даются Горюшкину, и самое изложеніе «Законоискусства» заключено въ оболочку тяжелаго канцелярскаго слога—въ области «дѣятельнаго правосудія» авторъ у себя дома. Здѣсь сказываются всѣ его хорошія качества юриста-практика и вдумчиваго, сердечнаго судьи: знаніе жизни, чутье правды, умѣнье распутать сложный казусъ и примѣнить законъ; драматическая форма отерываетъ просторъ живой рѣчи и придаетъ слогу ясность и выпуклость; набросанныя опытной рукой, встаютъ картины давняго правового быта ³⁾. И все-таки «Описаніе»—не учебникъ теоріи процесса. По самой исторіи и цѣли своего происхожденія,

¹⁾ Въ «предувѣдомленіи» къ I т. «Суд. Д.» Горюшкинъ сообщаетъ: «дѣйствія сіи происходили отъ 1791 г. въ благ. панс. при москов. университетѣ».

²⁾ Всеобщее обозрѣніе, § 11.

³⁾ Снегиревъ (Воспоминанія, Рус. Арх. 1866 г. столб. 759) правильно подмѣтилъ, что «Опис. С. Д.» важно въ археологическомъ отношеніи, какъ значительный матеріалъ юридическихъ древностей.

оно даетъ только прикладное знаніе; въ вопросахъ судопроизводства «Судебныя Дѣйствія» преслѣдуютъ практическую задачу—ускорить пріобрѣтеніе «навыка» въ отправленіи «обрядовъ» и составленіи судебныхъ бумагъ ¹⁾. Въ предметъ самостоятельнаго изслѣдованія почти не входитъ процессъ, какъ таковой, и его спорныя темы затрагиваются только попутно. «Примѣрныя засѣданія» — обстановка, въ которой совершается примѣненіе актоваго и матеріальнаго права.

Первенство «теоріи» въ области русскаго гражданскаго процесса принадлежитъ опять-таки Кукольнику. Вторая часть «Гражданскаго права» посвящена исключительно этому предмету: каждый тезисъ представляетъ обобщенный выводъ изъ помѣщенныхъ подъ нимъ *русскихъ* законодательныхъ памятниковъ, которые только названы, но не пересказаны, а всѣ тезисы вмѣстѣ стройно укладываются въ естественно развертывающуюся *научную* систему.

Манеру изложенія Кукольника обнаруживаетъ опредѣленіе термина «судъ», открывающее вторую часть «Гр. Пр.» Подкрѣпляя каждый пунктъ ссылками на уложеніе 1649 г., «Воинскіе процессы» (ч. I гл. I и III) и указы 5 ноября 1723 г. (о формѣ суда) и 21 января 1724 г., Кукольникъ излагаетъ: «слово Судъ въ правоченіи принимается въ троюмъ смыслѣ: 1) оно означаетъ дѣйствіе ума, коимъ судья подводитъ предоставленное его сужденію спорное дѣло или дѣяніе подъ законъ и дѣлаетъ заключеніе о сходствѣ его съ закономъ или несходствѣ, 2) все судебное дѣлопроизводство, 3) сословіе, учрежденное верховнымъ правительствомъ съ тѣмъ опредѣленіемъ, чтобы оно даннскъ ему властью и помощью управляло правосудіемъ, то есть, чтобы поступающіе къ нему отъ подсудныхъ лицъ споры о правѣ судило и рѣшало по точной силѣ и разуму государственныхъ законовъ. Впрочемъ, иногда именемъ суда означается также судебное мѣсто; но сіе разумѣть должно тогда только, когда въ немъ находится судейское сословіе, отправляющее свою должность» (II, § 2) ²⁾.

¹⁾ На это указываетъ самъ Горюшкинъ въ названной выше рѣчи 1790 (стр. X). О томъ же свидѣлствуетъ болѣе подробное заглавіе «Суд. Дѣ», „или легчайшій способъ къ полученію въ краткое время надлежащихъ познаній къ отправленію должностей въ судебныхъ мѣстахъ“...

²⁾ Ср. слово «судъ» въ § I Учебн. рус. гр. суд. Нефедьева, 3 изд., (Москва).

Небольшое «введеніе» сообщает «общія понятія о судѣ, онаго предметахъ и цѣли; о наукѣ обряда гражданскаго судебного дѣлопроизводства, раздѣленіи, вспомогательныхъ средствахъ и способахъ основательнаго ученія оной» (§§ 1—14).

За «введеніемъ» слѣдуетъ очеркъ судоустройства (§§ 15—117)¹⁾. По связи процесса съ организаціей судебныхъ мѣстъ такой очеркъ имѣетъ методологическое значеніе; кромѣ того онъ выдѣляетъ судъ изъ другихъ правительственныхъ учреждений. Таковъ же былъ первоначальный планъ Сперанскаго, но въ окончательной обработкѣ Свода судоустройство было отнесено ко 2-му (Общ. Губ. Учр.) и отчасти къ 1-му (Учр. Пр. Сен.) томамъ²⁾.

Собственно «обрядъ» дѣлится на два приблизительно равныя по объему «отдѣленія»: первое носить подзаголовокъ «обрядъ судебного дѣлопроизводства по исковымъ дѣламъ или такъ называемый гражданскій процессъ»; ко второму отнесено по преимуществу то, что нынѣ именуется охранительной юрисдикціей.

«Гражданскому процессу» посвящены §§ 118—126. Эта сжатость, рѣзко бросающаяся въ глаза, если сопоставить сотню §§ «Гражд. пр.» съ тысячею статей VI кн. 1 ч. X т. (32 г.)³⁾, находитъ объясненіе прежде всего въ задачѣ, которую ставилъ себѣ Кукольникъ.

X т.—книга законовъ; «Гр. Пр.»—учебникъ «теоріи обряда». Въ первомъ случаѣ—кодификаторъ стремится дать исчерпывающій сводъ дѣйствующихъ нормъ; во второмъ случаѣ—писатель предлагаетъ руководящія начала.

Въ то время, какъ Горюшкинъ, быть можетъ, подъ впечатлѣніемъ безрадостныхъ воспоминаній о своей приказной службѣ, предполагалъ всецѣло замѣнить «навыкъ» школой,

¹⁾ Нѣкоторые изъ этихъ §§ касаются впрочемъ порядка засѣданій и подачи голосовъ.

²⁾ По объяснительной запискѣ Сперанскаго въ арх. Калачева, 1859 г. кн. 2 предполагалось дѣлить вторую половину X т. зак. гр. на три книги: 1, о взысканіяхъ за нарушеніе правъ, 2, объ устройствѣ гражданскихъ судебныхъ мѣстъ и 3, о судопроизводствѣ. Точно также въ докладѣ м. ю., вызвавшемъ указъ 28 февраля 1804 г. (п. с. в. № 21177) о преобразованіи Комиссіи законовъ, предполагалось отнести къ V части зак. „образованіе судебной части, основаніе судопроизводства и раздѣленіе процессовъ на разные роды“ (стр. 171).

³⁾ Ст. 1591—2516—до тяжбнаго производства въ Сибири и въ другихъ частяхъ Имперіи, имѣющихъ особыя учрежденія для ихъ управленія.

и уже въ стѣнахъ университета, путемъ примѣрнаго суда, посвятить свою аудиторію въ тайны канцеляріи и тонкости внѣшняго обряда, Кукольникъ придаетъ большое значеніе практикѣ въ смыслѣ дополненія къ школьному преподаванію и настаиваетъ на гармоническомъ сочетаніи ея съ теоріей: «не можно ни одну практику безъ Теоріи, ни же одну Теорію безъ практики почестъ средствомъ, достаточнымъ для успѣшнаго образованія правовѣдца». За теоретическимъ курсомъ, въ кругъ коего входитъ «ученіе обрядовъ судебного дѣлопроизводства, предлагаемыхъ въ видѣ систематической науки», должны слѣдовать опредѣленный стажъ «практическаго упражненія въ судебныхъ мѣстахъ». «При такомъ устройствѣ ученія Теорія обрядовъ показываетъ путь въ дѣлопроизводствѣ и законныя основанія правилъ, по которымъ надлежитъ поступать въ ономъ; практика же убѣждаетъ въ точности и пользѣ правилъ, а оба, вмѣстѣ и согласно, содѣйствуютъ къ скорому и успѣшному возведенію правовѣдца на ту степень совершенства, которой требуетъ важнѣйшее въ Государствѣ его званіе» (II, § 14).

Вмѣстѣ съ тѣмъ для ознакомленія съ подробностями и съ дѣловыми приѣмами Кукольникъ рекомендуетъ «выписки изъ законовъ, составленныя трудами практическихъ законовѣдцевъ, и собраніе примѣровъ или образцовъ сочиненія канцелярскихъ и другихъ входящихъ въ судебныя мѣста бумагъ. Таковыя суть Памятникъ изъ законовъ и Юридическая Грамматика г. Правикова, Всеобщій стряпчій и т. п.». (II, § 10).

Другой причиной малочисленности §§-въ у Кукольника и многостатейности Свода является разность въ самой системѣ разработки предмета. Сводъ механически соединяетъ законодательные памятники разныхъ эпохъ и направленій, и потому безъ надобности множитъ «роды» производства, создавая четыре «главныхъ» и семнадцать «особенныхъ». Кукольникъ систематизируетъ матеріалъ и старается установить единый типъ процесса.

Въ Сводѣ (32 г.) уже первая статья VI книги X т. открывается дѣленіемъ производства на исковое и вотчинное¹⁾. Особое примѣчаніе (къ ст. 1593) оправдываетъ это дѣленіе ссылкой на уложеніе 1649 г., хотя тутъ же удостовѣряетъ, что «тотъ и другой родъ споровъ въ судахъ именуется смѣ-

1) 1591 ст.; въ изд. 57 г. т. X, ч. 2, ст. 133.

шанно тяжбами и исками и не всегда въ названіяхъ даже въ законахъ съ точностью различаются». Догматически признакомъ разграниченія почитается необходимость представленія актовъ, совершенныхъ у крѣпостныхъ дѣлъ, и недопущеніе свидѣтелей, тѣмъ менѣе присяги въ дѣлахъ о крѣпостномъ правѣ на недвижимость¹⁾. Но помимо того, что это правило означаетъ главнымъ образомъ, что «свидѣтельскія показанія не могутъ служить подтвержденіемъ *крѣпостного права на недвижимость*»²⁾, одно различіе въ способахъ доказыванья существованія правоотношенія еще не является основаніемъ классификаціи въ области процесса³⁾. Столь же малоцѣнны другіе признаки, и потому остается (вмѣстѣ съ Михайловымъ) признать, что вся разница между обоими «родами» — «ограничивается предметами того и другого; вообще же по духу, порядку судопроизводства и формамъ судебнымъ они сходны между собою».

Въ дальнѣйшемъ Сводъ различаетъ — въ *исковомъ* производствѣ два вида: 1) по спорамъ въ долговыхъ обязательствахъ и 2) по искамъ въ обидахъ, ущербахъ и самоуправномъ завладѣніи⁴⁾, и въ *вотчинномъ* производствѣ два порядка: апелляціонный и слѣдственный⁵⁾. Это дѣленіе происходитъ въ первомъ случаѣ — по предметамъ и во второмъ — по субъектамъ процесса (участіе казны), образуя въ общемъ «четыре главные рода судопроизводства». Что же касается опять-таки характера процесса, то въ *исковомъ* производствѣ между обоими его видами «нѣтъ никакого особеннаго отличія, кромѣ того, что первый видъ имѣетъ большее сходство съ порядкомъ судебно-полицейскимъ»⁶⁾, а въ *вотчинномъ* производствѣ самъ Сводъ усматриваетъ *существенную* разницу обоихъ «подъклассовъ» въ томъ, что дѣло, рѣшенное противъ казны, поступаетъ внѣ апелляціи на *ревизію* высшей инстанціи⁷⁾.

Въ иномъ видѣ строить свою систему Кукольникъ. Онъ

¹⁾ 2052—2053, т. X, ч. I, изд. 32 г.

²⁾ Сб. Рѣш. Сен., составлен. по Высочайшему повелѣнію, т. II, № 635 (1852 г.). Ср. т. I № 103 (1843).

³⁾ Кавелина «Основныя начала рус. судопроизводства и т. д.» въ собраніи его сочиненій, т. IV (1900 г.), стр. 257.

⁴⁾ Т. X (32 г.), ст. 2089—2099 и ст. 2100—2116.

⁵⁾ Т. X (32 г.), ст. 1594, 1595.

⁶⁾ Михайлова. «Рус. гражд. судопроизводство... отъ уложенія 1649 г. до св. зак.» СПб. (1856 г.), тезисы III—VI.

⁷⁾ Т. X (32 г.), ст. 1594—1595; 2066 и слѣд.

тоже останавливается на вопросѣ о дѣленіи производства на исковое и вотчинное. «Нѣкоторые полагаютъ различіе между судомъ о вотчинныхъ дѣлахъ и *общимъ исковымъ* процессомъ, основывая оное на томъ, что въ судѣ о вотчинныхъ дѣлахъ доказательства заимствуются изъ документовъ отъ крѣпостныхъ дѣлъ». Но, справедливо считая такой признакъ «весьма мало-важнымъ», Кукольникъ тутъ же отвергаетъ это дѣленіе (II, § 146).

Точно также Кукольникъ знаетъ и отбѣняетъ правило о томъ, что споры по закладнымъ и заемнымъ письмамъ разрѣшаются «скороокончательнымъ образомъ» (II, § 145)¹⁾, «безъ соблюденія нѣкоторыхъ обрядовъ, почитаемыхъ для производства сихъ дѣлъ излишними» (II, § 121), или, что судебныя рѣшенія противъ «Государственной казны» въ тяжбахъ «я съ «частными гражданами» о недвижимыхъ имѣніяхъ» проводятся на ревизію «порядкомъ слѣдственныхъ дѣлъ» (II, § 208), но тѣ или иныя отступленія въ смыслѣ замедленія или ускоренія, осложненія или упрощенія процесса не вызываютъ еще дѣленія послѣдняго на «роды». Процессъ сохраняетъ значеніе общаго, искового, а отступленія остаются отступленіями, которыя и отмѣчаются попутно, но своевременно. Съ тѣмъ вмѣстѣ изложеніе теоріи «обрядовъ» выигрываетъ въ простотѣ и цѣльности, и устраняются сомнѣнія въ томъ, въ какой мѣрѣ пробѣлы въ особенныхъ порядкахъ производства могутъ быть пополняемы нормами общаго типа.

Сущность гражданского процесса представляется Кукольнику въ слѣдующемъ видѣ.

«Власть управлять правосудіемъ дается суду единственно отъ Верховнаго Правительства гражданского общества или Государства, коему между прочими, такъ называемыми Правами Величества, принадлежитъ верховное право судопроизводства» (II, 3). Устраняя *самопомощь* въ защитѣ гражданскихъ правъ, эта власть рождаетъ соотвѣтственную обязанность оказывать *помощь* именемъ государства; судъ управляетъ правосудіемъ «данною ему властью и помощью» (II, § 2), и помощи граждане вправѣ *требовать* отъ суда. «Поелику въ гражданскомъ обществѣ защита правъ гражданъ принадлежитъ уже Правительству онаго, то имъ запрещено законами быть самими судьями въ собственномъ ихъ дѣлѣ, а предпи-

1) 2093 и слѣд., т. X, ч. I, изд. 32 г

сано, чтобъ въ случаѣ возникшаго сомнѣнія о правахъ, или явственнаго нарушенія оныхъ, прибѣгать къ учрежденному на сей конецъ отъ верховнаго Правительства суду и *требовать* отъ него правосудія (указъ 1787 г. апрѣля 21 п. 1)» (II, § 119), исключая, разумѣется, случаи обращенія къ разрѣшенному закономъ третейскому суду (II, §§ 189—190).

Изъ этого общаго положенія вытекаетъ опредѣленіе понятій истца и отвѣтчика. И Кукольникъ и Сводъ черпаютъ изъ того же источника: «краткаго изображенія процессовъ»¹⁾, но формула Кукольника иная, чѣмъ въ Сводѣ. «Истецъ есть то лицо, которое, позывая другого въ судъ за явное либо мнимое нарушеніе своихъ правъ, *требуетъ отъ судьи* правомѣрнаго въ томъ приговора; отвѣтчикъ есть лицо, позываемое истцомъ въ судъ, якобы нарушившее его право, дабы дало *судьямъ* въ томъ отвѣтъ» (II, §§ 123—124).

Обращенное къ суду требованіе, по различію своего содержанія, порождаетъ различные типы исковъ. «Прошеніе есть письменное отношеніе частнаго лица къ суду, коимъ требуется или разрѣшеніе сомнительнаго права, или опредѣленіе удовлетворенія за нарушеніе явственнаго права, или понужденіе кого-либо къ исполненію обязанности, слѣдующей по договору либо по предписанію закона и проч.» (II § 97).

Возбужденная искомъ дѣятельность суда завершается «приговоромъ или рѣшительнымъ опредѣленіемъ». Приговоръ «есть заключеніе суда, дѣлаемое въ силу законовъ» (II, § 105). Онъ излагается «такимъ образомъ, чтобы убѣдить тяжущихся, что дѣло ихъ рѣшено судомъ по точной силѣ и разуму законовъ» и долженъ «содержать въ себѣ... примѣненіе сихъ законовъ къ дѣлу и выведеніе изъ того заключенія о правѣ одного и неправости другого» (II, § 179).

Недовольный рѣшеніемъ приносить жалобу. «Жалоба есть

1) Изображеніе процессовъ (II. с. з. 30 марта 1716 г. № 3006), ч. I, гл. III, п. I. «Челобитчикъ есть оный, которой другого нѣкоторой ради причины въ судъ позываетъ, и отъ судьи правомѣрнаго приговора и вспоможенія въ правомъ своемъ дѣлѣ требуетъ (по нѣмецкому тексту—und den Richter um einen gerechten Bescheid und Hülfe in seiner rechtmässigen Sache angehet). Гл. IV, «отвѣтчикъ есть оный, которой какой-нибудь ради причины отъ другого въ судъ позванъ будетъ и на него правомѣрное вспоможеніе отъ судьи рѣшеніе требуется». По 1598 ст. т. X, ч. I, изд. 32 г. «истецъ есть тотъ, кто отыскиваетъ своего права или ищетъ чего-либо на другомъ поданнымъ о томъ *въ судъ* прошеніемъ; отвѣтчикъ есть тотъ, кто долженъ дать *въ судъ* отвѣтъ на поданное истцомъ прошеніе».

письменное обвиненіе нижняго судебнаго мѣста предъ вышнимъ въ томъ, что... оно рѣшило не по точной силѣ и разуму законовъ. Поелику приносящій жалобу по предметамъ гражданскаго суда всегда просить правосудія, обвиненіе же нижняго суда составляетъ только доказательство правости обиженнаго просителя, то жалоба есть только видъ прошенія» (П, § 98).

Эти краткія опредѣленія представляютъ зародышъ мысли, которая въ постепенномъ развитіи могла бы вырасти въ одну изъ позднѣйшихъ теорій. Параграфы Кукольника, въ переводѣ на языкъ современныхъ процессуалистовъ, гласили бы:

Право на искъ есть публичное право къ государству въ лицѣ суда, которому государствомъ же вручена «власть управлять правосудіемъ» (П, §§ 3 и 119).

Это есть требованіе именно къ государству въ лицѣ суда оказать истцу защиту права, но отнюдь не къ противной сторонѣ—исполнить что-либо. Истецъ «требуешь отъ судьи приговора» (П, § 123); отвѣтчикъ «даетъ судьямъ отвѣтъ» (П, § 124). «Позывая другого въ судъ», истецъ только указываетъ направленіе, въ которомъ должна быть возбуждена государственнo-судебная дѣятельность.

Истецъ вправе требовать лишь «правомѣрнаго», а не «благопріятнаго» ему «приговора». Дѣйствительно, существуетъ теорія «конкретнаго права на искъ», которая стоитъ за «благопріятное» рѣшеніе, но другая теорія, такъ называемая «абстрактнаго права»—и она заслуживаетъ предпочтенія—признаетъ за истцомъ одно право требовать рѣшенія, независимо отъ его содержанія¹⁾. Конечно, истецъ можетъ питать надежду на благопріятный исходъ дѣла; но право на такую надежду принадлежитъ и отвѣтчику. Если же исходить изъ понятія *требованія*, то послѣднее можетъ быть направлено только на «правомѣрный приговоръ», т. е. на такое обладающее правовой силой и связующее по отношенію къ отвѣтчику рѣшеніе, которое соответствовало бы объективному праву и доказаннымъ обстоятельствамъ конкретнаго случая²⁾.

1) Гордонъ. Иски о признаніи. Ярославль 1906 г., стр. 98—115. Васковскій. Курсъ гражданскаго процесса. Москва, т. I (1913 г.), стр. 615—624.

2) Canstein. Das Civilprocessrecht I Bd. 3 Aufl. Berlin, (1905) S. 131 Anm. 1 und S. 137 Anm. 2. Canstein употребляетъ выраженіе s. g. gerechtes Urtheil, т. е. то же, что въ нѣмецкомъ текстѣ «изображенія процессовъ» «Gerechter Bescheid». Терминъ русскаго текста «правомѣрный

Содержаніемъ притязанія можетъ быть присужденіе («удовлетвореніе» или «понужденіе къ дѣйствіямъ») или подтвержденіе («разрѣшеніе сомнительнаго») права (II, § 97).

Нарушеніе права, «явное или мнимое», составляя одно изъ основаній иска, быть можетъ, наиболѣе частое, еще не исключаетъ другихъ основаній, вродѣ «сомнительности права», которое должно быть приведено въ ясность.

Рѣшеніе, какъ таковое, подтверждаетъ право, путемъ примѣненія объективной нормы къ конкретному случаю, «законовъ къ дѣлу»; выводя «изъ того заключеніе о сходствѣ его съ закономъ или несходствѣ», (II § 2), судъ объявляетъ тяжущимся «о правѣ одного и неправости другого» (II, § 179).

Охранительной юрисдикціи посвящены §§ 217—258. Теоретическое обоснованіе этого отдѣла судопроизводства донынѣ составляетъ большое мѣсто въ доктринѣ процесса, и система Кукольника здѣсь особенно любопытна.

На Западѣ охранительная юрисдикція носитъ названіе неспорной и добровольной ¹⁾. Эта давняя и устойчивая терминологія стремится вести свое происхожденіе еще отъ Свода Юстиніана ²⁾ и подтверждена двумя обширными Уставами: Австрійскимъ 1854 г.—по дѣламъ (внѣ) неспорнымъ и Германскимъ 1898 г.—добровольнаго судопроизводства, хотя содержаніе обоихъ законовъ далеко переросло ихъ заголовъ ³⁾.

Словами: «неспорный и добровольный» охранительный процессъ отграничивается отъ гражданскаго въ тѣсномъ смыслѣ, какъ спорнаго и понудительнаго. Эта традиціонная теорія была поколеблена въ 1876 г. Антономъ Менгеромъ.

По мнѣнію Менгера, наличіе или отсутствіе спора—только приводящій признакъ. Грань между обоими видами юрисдикціи должно искать въ ихъ цѣли, а не въ формахъ проявленія послѣдней. Цѣль гражданскаго суда вообще—устано-

пригово́рь», принятый Кукольниковъ, шире и выразительнѣе: онъ охватываетъ и то, что Гордонъ, ссылаясь на Weismann'a и Chiovenda (l. c. стр. 113—115), называетъ «рѣшеніемъ, квалифицированнымъ по своимъ правовымъ послѣдствіямъ».

1) Jurisdiction gracieuse, volontaire, procedure non contentieuse. Нѣмецкую терминологию см. ниже.

2) L. 2. pr. D. 1 16.

3) Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten ausser Streitsachen, 9 Aug. 1854. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit 17 Mai 1898.

вить равновѣсіе между фактомъ и правомъ; она достигается двояко: государство стремится прежде всего—предупредить гражданскую неправду, затѣмъ—пресѣчь уже послѣдовавшее поправленіе права. Первое—задача предупредительной, охранительной юрисдикціи; второе—область искового процесса, судебной репрессіи. Охрана—предупрежденіе грозящаго, репрессія—устраненіе наступившаго правонарушенія ¹⁾).

Адольфъ Вахъ (1885 г.) идетъ дальше. Онъ тоже полагаетъ, что существо различія не въ предметѣ, средствахъ или дѣйствіи этихъ средствъ, а въ цѣли, но самую цѣль онъ понимаетъ иначе. И гражданскій процессъ предупреждаетъ, ограждая отъ будущихъ нарушеній; тѣмъ болѣе иски о признаніи, которые нарочито служатъ этой цѣли; предшествующее правонарушеніе не составляетъ единственнаго основанія иска, а слѣдовательно, и репрессія не исчерпываетъ задачи искового производства. Съ другой стороны, охранительная юрисдикція не только предупреждаетъ; она содѣйствуетъ установленію, измѣненію и развитію правовыхъ отношеній. Поэтому Вахъ предлагаетъ свое опредѣленіе: охранительный процессъ имѣетъ *правообразующій* характеръ; исковой—*преслѣдуетъ* защиту *существующаго* права путемъ его *подтвержденія* ²⁾).

Эта формула Ваха также не свободна отъ критики. Охранительное судопроизводство не только преобразуетъ; оно въ значительной степени еще удостовѣряетъ и подтверждаетъ существующее право. Разныя законодательства одновременно подчиняютъ одни и тѣ же институты вѣдѣнію то исковой, то охранительной юрисдикціи; одно и то же законодательство разновременно передвигаетъ ихъ изъ одной области въ другую.

Послѣ нѣкоторыхъ эклектическихъ попытокъ, изъ которыхъ однѣ страдаютъ неопредѣленностью, затушевывая ими же только что намѣченные грани, другія впадаютъ въ расплывчатость, замѣняя правило описаніемъ, въ послѣднее время возбуждается сомнѣніе въ самой возможности построения формулы по какому-либо единому строго-теорети-

¹⁾ *Menger. System des österreichischen Civilprocessrechts. Wien I Bd. (1876) 3. s. 21—23.*

²⁾ *Wach. Handbuch des deutschen Civilprocessrechts I Bd. Leipzig (1885) S. 52—53.* Въ предшествующей литературѣ нѣкоторыя указанія у *Österley (1830)* и *Merkel'я (1860)*.

ческому началу¹⁾. Обнаруживается склонность къ признанію, что размежеваніе обоихъ типовъ юрисдикціи—исключительно вопросъ положительнаго права²⁾, руководящагося въ свою очередь соображеніями дѣлесообразности³⁾. Съ точки зрѣнія этого положительнаго права, охранительное производство есть та дѣятельность правительственныхъ установленій, которая, служа дѣлямъ частнопредназначеннаго оборота, не протекаетъ въ формахъ гражданскаго процесса. Всякая иная формула имѣетъ значеніе лишь для тѣхъ случаевъ, гдѣ законъ не указываетъ, къ какому виду юрисдикціи они относятся, и гдѣ поэтому возникаетъ надобность въ какомъ-либо руководящемъ теоретическомъ положеніи⁴⁾.

Въ русской литературѣ, предшествующей своду, Дильтей началъ съ пересказа римскаго тезиса⁵⁾ въ духѣ глоссы⁶⁾. «Судебная власть» дѣлится на «добровольную» и «тяжебную». Она называется «добровольной» «со стороны того, кто приходитъ въ судъ и проситъ о томъ..., въ чемъ ему никто другой своимъ противорѣчіемъ препятствовать не можетъ», и «тяжебнымъ судомъ», потому, что «онъ производится не противъ хотѣющаго, но противъ нехотѣющаго, противъ спорящаго и противящагося». Цѣтаевъ ограничивается замѣчаніемъ, что «судебная власть занимается какъ спорными, такъ и неспорными дѣлами»⁷⁾. Почти столь же лакониченъ анонимный авторъ «Основаній россійскаго судопроизводства» (1832 г.). «Судопроизводство есть или спорное (тяжебное), или безспорное. Первое занимается опредѣленіемъ того, кому, въ случаѣ спора о правахъ, спорное принадлежитъ право. Второе

¹⁾ Weismann Jacob. Lehrbuch des deuts. C. P. R. Bd. (1903), «Eine begriffliche Scheidung ist nicht möglich». S. 25.

²⁾ Eleinfeller Georg. Lehrbuch des deutschen C. P. R. Berlin, 2 Aufl. (1910). «Die Abgrenzung dieses Gebietes vom demjenigen des Civilprocesses ist nur kasuistisch durchführbar», S. S. 4—5.

³⁾ Schrutka, Emil. Grundriss des C. P. R. Leipzig (1909). «Die Grenze zwischen beiden Gebieten ist im positivem Rechte mehr oder weniger nach Zweckmässigkeitserücksichten gezogen» S. 3.

⁴⁾ Dörner Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit въ Encyclopedie Holzendorf-Köhler II Bd. (1904). S. 209. Также E. Josef. Lehrbuch des Verfahrens der fr. Ger. Berlin (1902) SS. 3—5.

⁵⁾ «Исслѣдованіе юридическое». Гл. II, § 2, стр. 51. Здѣсь же изложенъ фрагментъ объ отпущеніи рабовъ и объ усыновленіи. Тоже опредѣленіе въ «Нач. Осн. Векс. Пр.» (по 4 изд. стр. 75—76), изъ которыхъ и заимствована цитата въ текстѣ.

⁶⁾ Contentiosa dicitur, quae redditur in invitum, voluntaria vero dicitur, quae inter volentes tantum.

⁷⁾ «Первыя начала правъ общаго и частнаго» Москва 1823, стр. 54.

заключаетъ въ себѣ дѣйствія, при передачѣ правъ, утвержденіи и приобрѣтеніи оныхъ предпринимаемыя»¹⁾).

Особнякомъ стоитъ Горюшкинъ. Во второмъ переплетѣ «Законоискусства» онъ называетъ три категоріи дѣлъ, «производимыхъ въ судебныхъ мѣстахъ»: «1) о приобрѣтеніи и утвержденіи правъ, 2) о охраненіи оныхъ и 3) о нарушеніи ихъ» (§ 1175). Къ первой категоріи относятся ходатайства «о утвержденіи обязательствъ, о приобрѣтеніи и утвержденіи своего: 1) личного права, какъ то напр. свободы, и 2) вещественнаго, какъ-то о вотчинахъ, наслѣдствахъ въ имѣніи» и т. п. (§ 1176); при отсутствіи съ чьей-либо стороны спора они называются «безспорными» (§ 1177). Но если по возбужденіи такого ходатайства въ дѣло вступить другой и станетъ, опровергая доводы первоначальнаго просителя, «доказывать въ первомъ случаѣ зависимость, а во второмъ принадлежность своихъ правъ», тогда «дѣла сіи изъ неспорныхъ превращаются въ спорныя» и образуютъ вторую категорію «по охраненію правъ» (§ 1178). Въ третьей категоріи новыя подраздѣленія.

Въ «Судебныхъ дѣйствіяхъ», куда Горюшкинъ отсылаетъ за подробностями (§ 1179), изложены два процесса, возникшихъ по одностороннимъ ходатайствамъ: Сысоева—объ утвержденіи въ правахъ наслѣдства (III стр. 662-700) и Фомина—объ освобожденіи отъ рабства (стр. 701 — 702), но осложнившихся вступленіемъ новыхъ лицъ, оспаривавшихъ права просителей. Оба дѣла разрѣшены по существу, но въ дѣлѣ Сысоева рѣшенію предшествуютъ объясненія секретаря о порядкѣ производства. Сысоевъ просилъ объ утвержденіи за нимъ имѣнія умершей сестры его, Правиной, доставшагося послѣдней въ указную часть послѣ мужа ея, Ивана Правина. Когда дѣло пошло на справку, явился Василій Правинъ и въ свою очередь ходатайствовалъ объ отдачѣ того же имѣнія, какъ никому не завѣщаннаго, ему, какъ брату и единственному наслѣднику Ивана. Судья нашель-было, что дѣло «идетъ въ завязку», но секретарь разъяснилъ, что вступленіе Василя «новости» въ производствѣ «и особеннаго затрудненія въ рѣшеніи не дѣлаетъ». Ничто не препятствуетъ «спору—

¹⁾ Изложены М—ъ (Москва) и посвящены студентамъ Московскаго университета нравственно-политическаго отдѣленія, ч. II, § 2, стр. 4.

щимся» «подавать прошенія одинъ противъ другого, сколько они разсудятъ или надобными почтутъ»; въ остальномъ все остается попрежнему: собирались справки для одного, будутъ собраны для другого; законы одинаковы; они «и безъ того къ рѣшенію должны выписаны быть и по нихъ рѣшеніе учинено». «Слѣдовательно и въ спорныхъ прошеніяхъ нѣтъ иной надобности», развѣ тяжущіеся не питаютъ довѣрія къ познаніямъ, умѣнью или справедливости судей; но тогда всѣ «порядки» не утѣшительны. Если же отбросить элементъ недоувѣрія къ суду, то добросовѣстныя стороны, «не заботясь подачею спорныхъ прошеній, ожидаютъ рѣшенія» въ томъ порядкѣ, въ какомъ дѣло возникло. «Спорное прошеніе» имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ проситель былъ обойденъ, утаенъ, и потому добывается перевершенія дѣла, въ которомъ не участвовалъ, и уничтоженія рѣшенія, которое нарушаетъ его право ¹⁾. Судъ внялъ здравымъ и жизненнымъ разсужденіямъ секретаря.

Горюшкинъ, видимо, сознавалъ, что Сысоевъ, обратившись къ суду и слѣдовательно прибѣгнувъ къ законному способу укрѣпленія права, еще ничьего права не нарушалъ, и что вступившій въ дѣло Правинъ вовсе не требовалъ возстановленія нарушеннаго права, а просилъ въ свою очередь объ укрѣпленіи таковаго за нимъ. Рѣчь шла объ «охраненіи», а не о «нарушеніи» права, и наличность спора между претендентами не измѣняла характера производства, какъ «охраненія», предвосхищающаго въ самомъ названіи нашъ «охранительный» процессъ. Эта мысль и легла, вѣроятно, въ основу классификаціи, но осталась недосказанной; ненужное дѣленіе на три рода вмѣсто двухъ, изложенное вдобавокъ въ тяжелой формѣ, вышло туманнымъ, а самый охранительный процессъ не получилъ самостоятельнаго значенія съ опредѣленнымъ фактическимъ содержаніемъ.

Выполнить эту задачу удалось Кукольнику.

Дѣленію юрисдикціи на виды «Гр. Пр.» предпосылаетъ общее *теоретическое* положеніе. «Хотя главная *цѣль* гражданскаго суда состоитъ въ доставленіи подсуднымъ требуемаго ими правосудія, состоящаго въ возстановленіи нарушенныхъ

¹⁾ Секретарь ссылался на указъ 11 іюня 1768 г. (П. С. З. № 1310).

ихъ правъ и въ рѣшеніи споровъ, происходящихъ отъ сомнительности оныхъ, однако же кромѣ тяжёбныхъ дѣлъ, отнесены еще къ гражданскимъ судамъ нѣкоторые другія *неисковыя* дѣла, имѣющія цѣлью упрежденіе нарушенія правъ гражданъ, либо сомнительности, могущей произойти объ оныхъ» (II, § 5). Возвращаясь въ дальнѣйшемъ изложеніи къ тому же вопросу, Кукольникъ говоритъ: «*неисковыя дѣла, относящіяся къ гражданскимъ судамъ, суть тѣ, коихъ цѣль состоитъ или въ соблюденіи правъ гражданъ отъ нарушенія или въ предохраненіи отъ сомнительности, которой могли бы они въ теченіе времени подвергнуться, не будучи законнымъ образомъ обезпечены*» (II, § 217). Отсюда дѣленіе «обряда» на производство «по исковымъ дѣламъ» и «прочимъ, къ гражданскимъ судамъ отнесеннымъ неисковымъ дѣламъ»¹⁾ (II, § 8).

Нѣкоторыя функціи охранительной юрисдикціи отправляются и другими органами правительственной власти, кромѣ суда, но Кукольникъ избираетъ предметомъ изученія только дѣла, относящіяся къ гражданскимъ судамъ,—охранительное *судопроизводство*.

Признакомъ дѣленія служитъ *цѣль* гражданского суда, безотносительно къ отдѣльнымъ моментамъ дѣятельности послѣдняго²⁾.

Между задачами гражданского процесса и охранительной юрисдикціи существуетъ извѣстное равновѣсіе.

Главная, конечная цѣль гражданского процесса—возстановленіе права, когда оно нарушено; въ охранительной юрисдикціи ей соотвѣтствуетъ предупрежденіе или соблюденіе правъ гражданъ отъ нарушенія.

Но задача процесса не исчерпывается возстановленіемъ права. Рядомъ съ нею, хотя и на второмъ планѣ, поставлено разрѣшеніе споровъ, происходящихъ отъ сомнительности правъ. Въ охранительной юрисдикціи этому соотвѣтствуетъ предохраненіе правъ, путемъ ихъ обезпеченія, отъ сомнительности, грозящей имъ отъ дѣйствія времени. Здѣсь въ первомъ случаѣ

¹⁾ Необходимо отмѣтить, что въ разрядъ неисковыхъ или текущихъ дѣлъ Кукольникъ помѣщаетъ еще «доставленіе другимъ судебнымъ мѣстамъ и властямъ требуемыхъ ими средствъ и пособій къ успѣшнѣйшему достиженію общеполовой цѣли въ ихъ должностяхъ».

²⁾ Поэтому возстановленіе права, какъ цѣль, ничего не мѣняетъ въ характеристикѣ судебного рѣшенія, какъ отдѣльнаго процессуальнаго явленія.

показанъ споръ; онъ естественно родится тамъ, гдѣ самое право подвержено сомнѣнію; онъ и обычно сопутствуетъ гражданскому процессу; но все же споръ не отличительный признакъ послѣдняго; въ дальнѣйшемъ изложеніи процесса споръ и не показанъ въ такомъ качествѣ, а причисленіе къ охранительной юрисдикціи судебнo-семейнаго раздѣла, вызываемаго «ябедою и беспокойствомъ наслѣдниковъ» (II, § 247), доказываетъ, что наличие спора не исключается и въ «дѣлахъ неисковыхъ». Возможно слѣдующее объясненіе: во второй категоріи случаевъ цѣли обоихъ видовъ юрисдикціи почти сближаются: охранительная юрисдикція удостовѣряетъ права; гражданскій процессъ, устраняя сомнѣніе въ правѣ, подтверждаетъ послѣднее, иначе говоря, опять-таки удостовѣряетъ права, но дѣлаетъ это связующимъ образомъ по отношенію къ определенному лицу, которое уже возбудило сомнѣніе въ правѣ, и сомнѣніе котораго подрывало силу этого права. Связующее рѣшеніе достигается чаще всего въ исковомъ порядкѣ; въ значеніи иска и употребленъ терминъ «споръ».

Эта общая формула имѣетъ, повидимому, примѣрное значеніе. За дѣленіемъ юрисдикціи на исковую и неисковую скрывается *практическое указаніе*, что въ положительномъ правѣ предметъ охранительнаго производства составляютъ всѣ тѣ дѣйствія судебныхъ мѣстъ, которыя, преслѣдуя задачу охраны, обезпеченія, соблюденія и удостовѣренія гражданскихъ правъ, не совершаются по «обряду исковыхъ дѣлъ».

Предложивъ общую характеристику охранительной юрисдикціи, Кукольникъ переходитъ къ разсмотрѣнію отдѣльныхъ категорій послѣдней. Здѣсь система Кукольника иная, чѣмъ въ изложеніи искового процесса. Въ то время, какъ исковой процессъ представляетъ общую схему защиты субъективныхъ правъ, безъ дѣленія на «роды» и только съ нѣкоторыми «изъятіями изъ общаго порядка», охранительная юрисдикція дробится на столько «порядковъ», сколько имѣется охраняемыхъ ею интересовъ. Это обычное явленіе, которое объясняется тѣмъ, что охранительная юрисдикція тѣснѣе исковой связана съ гражданскимъ правомъ, и ближе приспособляется къ природѣ cadaго изъ тѣхъ отношеній, которыя она призвана ограждать.

Въ этой близости, порождающей въ данномъ случаѣ «множественность» «обрада», кроется вмѣстѣ съ тѣмъ источникъ

соблазна къ смѣшенію функцій охранительнаго процесса съ нормами матеріальнаго права. Дабы избѣгнуть такого смѣшенія, необходимо тщательно отдѣлять матеріальное ядро отношеній отъ ихъ процессуальной оболочки. Кукольникъ такъ и поступаетъ. Въ первой части «Гр. Пр.», какъ только вопросъ доходитъ до правилъ процесса, дѣлается указаніе на «третье отдѣленіе» второй части.

Отграниченіе охранительной юрисдикціи отъ матеріальнаго права открываетъ первой, вмѣстѣ съ возможностью самостоятельнаго существованія, просторъ къ дальнѣйшему развитію. Мало того, какъ ни разнообразны обряды «неисковыхъ дѣлъ», но сосредоточеніе ихъ въ одномъ отдѣлѣ облегчаетъ установленіе присущихъ имъ, правда въ скромномъ размѣрѣ, общихъ началъ. У Кукольника эти «начала» еще отсутствуютъ: современное законодательство представляло неблагоприятную почву для ихъ извлеченія; потребность въ нихъ возникаетъ уже въ послѣдующемъ движеніи юридической мысли¹⁾; но система, принятая во второй части «Гражд. Пр.», является неперемѣнной предпосылкой такого обобщенія.

Кукольникъ излагаетъ слѣдующія категоріи: 1) надзоръ надъ опекунскими учрежденіями (§§ 221—224), 2) «крѣпостныя дѣла» (§§ 225—230), 3) явку закладныхъ, наложеніе и снятіе запрещеній и выдачу свидѣтельствъ на имѣнія «для займа денегъ и поручительства» (§§ 231—237), 4) записку «домовыхъ духовныхъ», заемныхъ писемъ и отпускныхъ и т. д. (§§ 238—243), 5) судебный раздѣлъ наслѣдства (§ 247), 6) обрядъ «судейскаго отказа» (§§ 248—250) и, наконецъ, размежеваніе чрезполосныхъ земель и общихъ дачъ по требованію ихъ владѣльцевъ (§§ 251—258)²⁾.

Подчиненіе опредѣленной группы отношеній вѣдѣнію неисковой юстиціи опиралось большею частью на велѣнія положительнаго права, но тамъ, гдѣ законъ молчалъ, приходилось обращаться къ какому-либо руководящему правилу.

Въ такомъ именно положеніи находился вопросъ о судебномъ семейномъ раздѣлѣ. Законъ не давалъ точныхъ указаній, какимъ

¹⁾ Въ австр. уст. 1854 г.—19 общихъ статей на 293; въ герм. уст. 1898 г. 34 на 200; въ нашемъ проектѣ, внесенномъ въ Государственную Думу, 20 на 360, если не считать порядковъ для губерній «особаго права».

²⁾ Такъ наз. правила спеціальнаго размежеванія черезъ уѣздныхъ землемѣровъ 2 октября 1806 г. П. с. в. № 22305.

порядкомъ такія дѣла производить, и потому раздѣлъ совершался то въ частномъ, то въ апелляціонномъ порядкѣ. Практика находилась въ колебаніи вплоть до изданія судебныхъ уставовъ, и авторъ официальной записки «въ дѣлѣ о преобразованіи судебной части» находилъ такое разнообразіе понятнымъ, «потому что здѣсь охранительное и тяжёлое производство... сталкиваются» ¹⁾.

Въ монографіи «о наслѣдствѣ» (1817 г.) Хавскій считалъ ходатайство о раздѣлѣ «отысканіемъ собственности» и объяснялъ, «что искъ сей продолжается по обряду дѣлъ тяжёлыхъ» ²⁾. Кукольникъ рѣшилъ въ пользу охранительнаго производства, и эта точка зрѣнія близка нынѣ къ полной побѣдѣ. Если судебные уставы, относя въ свою очередь раздѣлъ къ охранительному процессу, все же допускаютъ обжалованіе въ частномъ и апелляціонномъ порядкѣ (1421 ст. гр. уст. суд.), и слѣдовательно останавливаются на полъ-дорогѣ, то новый проектъ знаетъ уже только частный порядокъ (ст. 301) и распространяетъ послѣдній и на дѣлежъ ненаслѣдственнаго имущества.

И, дѣйствительно, раздѣлъ не есть отысканіе собственности. Судебное рѣшеніе замѣщаетъ лишь волю сторонъ или нѣкоторыхъ изъ нихъ въ совершеніи юридическаго акта ³⁾, а самая наличность споровъ на почвѣ «семейной вражды» не создаетъ еще элементовъ искового производства; для послѣдняго необходимы истецъ и отвѣтчикъ, но въ судебномъ раздѣлѣ нѣтъ ни того, ни другого, и разъ уже держаться такой терминологіи, то всѣ сонаслѣдники одинаково истцы и отвѣтчики.

Если «природа» отношеній объясняетъ въ извѣстныхъ случаяхъ ихъ включеніе въ ту или иную область юрисдикціи, то судьба института въ свою очередь опредѣляется такимъ включеніемъ. Сводъ отнесъ правила о полюбовномъ специальномъ межеваніи черезъ уѣздныхъ землемеровъ къ законамъ меже-

¹⁾ «Законы охранительные», XIII т. (по каталогу бібліотеки Государственнаго Совѣта) въ дѣлѣ о преобразованіи судебной части по уставамъ 1864 г. стр. 119. Тамъ же указано, что дѣла о раздѣлахъ значились въ отчетахъ М. Ю. въ числѣ дѣлъ частныхъ.

²⁾ «О наслѣдствѣ завѣщательномъ» и т. д. кн. I, § 97, стр. 132.

³⁾ Ср. Planiol. *Traité élémentaire de droit civil*. T. III (1903) № 2322. Опредѣляя природу *action en partage*, Planiol говоритъ: *mais là le juge ne juge pas; il substitue sa volonté à celle des parties ou de quelquesunes d'entre elles pour la réalisation d'un acte juridique, que la loi estime nécessaire.*

вымъ. Участіе ¹⁾ суда въ такого рода дѣлахъ привело Кукольника къ заключенію о необходимости причисленія ихъ къ *судо-производству*, а наличность спора не помѣшала включенію ихъ въ неисковую юрисдикцію: здѣсь, какъ и въ судебномъ раздѣлѣ, нѣтъ ни истца, ни отвѣтника, или каждый участникъ въ размежеваніи общей дачи пользуется одновременно правами истца и отвѣтника ²⁾. Примѣненіе впослѣдствіи къ судебно-межевому разбирательству, по новеллѣ 16 января 1868 г., правилъ о порядкѣ подачи искового прошенія съ дальнѣйшими отсюда выводами, значительно затруднило осуществленіе задачи, которая имѣлась въ виду при изданіи закона ³⁾.

Заплативъ официальную дань одобренія «усердію нашихъ ученыхъ» въ неоднократномъ составленіи «Опытовъ начертанія такъ называемаго русскаго права» — «обозрѣніе историческихъ свѣдѣній о Сводѣ законовъ» объявило однако «усилія» тѣхъ же ученыхъ «для успѣха самого законовѣдѣнія мало полезными» ⁴⁾. Въ дѣйствительности отечественная литература была обильно использована Сводомъ при разработкѣ гражданского права: вліяніе въ этомъ смыслѣ Вельяминова-Зернова давно указано ⁵⁾, «Начальныхъ основаній» Комиссіи — недавно доказано ⁶⁾; но въ области гражданского процесса замѣчаніе «Обозрѣнія» фактически правильно. «Усердіе» Кукольника оказалось безрезультатнымъ. Въ кодификаціи 1832 г. множество «родовъ» почти заслонило общій типъ искового производства; охранительное производство оказалось, наоборотъ, обойденнымъ; его функціи смѣшались съ нормами матеріальнаго права, и только во второмъ изданіи Свода законовъ небольшое примѣчаніе къ 2496 ст. (т. X, ч. 1) о частныхъ жалобахъ напомнило вскользь о дѣлахъ «судебнаго упра-

¹⁾ *Мордухай-Болтовскій*, опираясь на одно выраженіе ст. 751 зак. меж. (изд. 57 г.), видитъ здѣсь только «наблюденіе». «Межевые законы», Спб. (1893 г.), стр. 57.

²⁾ Ср. *А. Маттель*. Судебно-межевое разбирательство по у. гр. суд. Спб. (1912 г.), стр. 69, съ указаніями на кассационную практику.

³⁾ Прил. 1 къ ст. 1400 у. г. с. Изъ упоминанія объ исковомъ прошеніи и вызовѣ на общемъ основаніи практика вывела остальные атрибуты состязательнаго процесса, благодаря чему, какъ доказывалъ *Н. Завадскій* (Судебно-межевое разбирательство Ж. М. Ю. 1903 г., № 10), «въ настоящее время размежеваніе общей дачи, какъ полюбовнымъ, такъ и понудительнымъ способомъ, сдѣлалось почти невозможнымъ» (стр. 148).

⁴⁾ 1833 г., стр. 101.

⁵⁾ *Мейеръ*, Русск. гр. пр. въ 6 изд., стр. 11.

⁶⁾ *Кассо*, Къ исторіи св. зак. гражд., I. с. особенно стр. 84—88.

вленія». Такое примѣчаніе оказалось, разумѣется, недостаточнымъ, и въ практикѣ водворилась полная неопредѣленность ¹⁾).

О Кукольникѣ вспомнили уже въ эпоху «Судебныхъ Уставовъ». «Матеріалы для разработки охранительнаго производства» С. Заруднаго, отмѣчая бѣдность русской литературы по этому предмету и почти полное отсутствіе въ ней указаній на особенности и самостоятельное значеніе охранительнаго процесса, съ тѣмъ большимъ вниманіемъ остановились на Кукольникѣ. Его «Гр. Пр.» признано единственнымъ «сочиненіемъ, въ коемъ видно стремленіе сдѣлать точное исчисленіе охранительныхъ дѣлъ и обозначить отличительныя свойства самого порядка ихъ разсмотрѣнія», и «особенно любопытнымъ» потому, что, «написанное еще до изданія свода», оно «основано исключительно на источникахъ нашихъ законовъ». Въ «матеріалахъ» приведены не только общая формула и система Кукольника, но и выписки изъ цѣлаго ряда §§-овъ второй части его сочиненія ²⁾). Кукольникъ послужилъ въ извѣстной мѣрѣ первоисточникомъ указаній самого Заруднаго, легшихъ въ основу IV книги нашего уст. гр. суд. Къ сожалѣнію, смѣшеніе въ сводѣ нормъ охранительнаго процесса и матеріальнаго права оказало вліяніе на дальнѣйшую судьбу вопроса. Государственный Совѣтъ изъ опасенія «косвеннымъ образомъ измѣнить въ чемъ-либо начала гражданскаго права, изложенныя въ 1 ч. X т.», сузилъ первоначальную программу, и только теперь въ новомъ проектѣ устава охранительнаго производства послѣднее получаетъ подобающіе размѣры.

Дѣятельность Кукольника принадлежитъ къ той полосѣ въ исторіи русской цивилистики, когда казалось, что послѣднюю ждетъ быстрое и широкое развитіе. «Дней Александровыхъ прекрасное начало», вызвавъ общій подъемъ умственной жизни въ странѣ, отразилось и въ этой спеціальной области правовѣдѣнія. На поприще литературы выступаютъ и «дьякъ, въ приказахъ посѣдѣлый», и люди каеэды, и чины кодифика-

¹⁾ М. Филипповъ. Взглядъ на русск. судоустр. и судопроизводство. Современникъ 1859 г. Апр., стр. 184—185.

²⁾ Стр. 13 и послѣд.

ціонныхъ канцелярій. Кромѣ монографій, появляются общія руководства, всецѣло или отчасти посвященныя русскому гражданскому праву и процессу. Горюшкинъ выпускаетъ съ 1807 г. «Судебныя Дѣйствія», съ 1811 по 1816 г.г. «Законоискусство». Терлаичъ печатается въ 1810 г., Кукольникъ въ 1813—15 г.г., Вельяминовъ-Зерновъ въ 1814—15 г.г. Комиссія законовъ начинаетъ издавать съ 1815 г. «Систематическій сводъ». Въ 1812—1813 г. Беллинсгаузенъ и Наумовъ предпринимаютъ опытъ изданія юридическихъ журналовъ. Въ 1812 г. дается разрѣшеніе на открытіе «дома практическаго правовѣдѣнія» для «приготовленія къ образованію стряпчества».

Но это оживленіе длилось недолго. Наступила реакція съ ея хозяйничаньемъ въ университетахъ (Магницкій и Руничъ), гоненіемъ на профессоровъ, казавшихся либеральными, и преслѣдованіемъ самостоятельной мысли. Находились добровольцы, которые заподозривали даже благонамѣренныя изданія Комиссіи законовъ. Ея «Систематическій сводъ» вызывалъ нареканія «за допущеніе произвольныхъ собственныхъ разсужденій, которыя, при броженіи умовъ того времени, могутъ служить къ усиленію въ народѣ разныхъ толковъ съ пагубными, можетъ быть, послѣдствіями». И какъ ни странно подобное обвиненіе, неизвѣстный авторъ записки, найденной въ бумагахъ Сперанскаго, находитъ нужнымъ пресерьезно доказывать, что сводъ составленъ изъ указовъ, обнародованныхъ сенатомъ, но только расположенныхъ въ систематическомъ порядкѣ, что «Основанія права» — «не что иное, какъ оглавленіе», и что «если опасаться неосновательныхъ и превратныхъ толковъ и для этого ничего не печатать, что могло бы служить для просвѣщенія и для блага общества, то въ семъ отношеніи всякая книга опасна, ибо и само священное писаніе подвергается критикѣ и умствованіямъ»¹⁾.

Недовѣріе къ «теоріямъ» глушитъ ростки русской юриспруденціи; появившійся въ 1826—27 г.г. учебникъ законовѣдѣнія И. Васильева—простая компиляція²⁾. Вниманіе

1) «Второе отдѣленіе собственной Его Величества канцеляріи» Майкова, стр. 86—87.

2) Ср. рецензію въ Московскомъ Телеграфѣ, 19 т. 1828 г., № 2 стр. 235—239 на вторую часть учебника, посвященную гражданскому праву.

юристовъ обращается на собираніе указовъ; въ эту сторону направляетъ свою дѣятельность Хавскій послѣ монографіи о наслѣдованіи. Если и попадаются работы по особымъ отдѣламъ права, то онѣ не хотятъ или не умѣютъ подняться до общихъ положеній, ограничиваясь сводкой законодательныхъ источниковъ. И въ соотвѣтствіи съ узко-практическими задачами литературы, гдѣ всякое разсужденіе казалось бесплоднымъ умствованіемъ, въ судахъ процвѣтаетъ начало буквального примѣненія закона.

Подводя въ 1831 г. итоги отечественной юриспруденціи, Дегай не нашелъ ничего лучшаго, какъ поставить Кукольника на одну доску даже съ Артемьевымъ. Краткость изложенія Кукольника и его стремленіе къ обобщеніямъ Дегай принялъ за «самое поверхностное понятіе о російскихъ законахъ» и призналъ поэтому «Граждан. право» болѣе принадлежащимъ «къ исторіи литературы права», т. е., проще говоря, сдаль въ архивъ ¹⁾.

«Обозрѣніе историческихъ свѣдѣній о Сводѣ законовъ», указывая, что «отъ частныхъ усилій нашихъ законовѣдцевъ нельзя намъ ожидать ученаго законовѣдѣнія», полагало, что «оно начнется въ полномъ его значеніи лишь съ изданіемъ Свода. Тогда только можно будетъ помышлять объ учебныхъ и ученыхъ книгахъ» ²⁾. Эти надежды не сбылись. Прежде всего *всякая* кодификація пріостанавливаетъ на нѣкоторое время творчество юридической мысли, обращая послѣднюю отъ самостоятельнаго исканія на путь экзегезы и комментаторства; тѣмъ болѣе — Сводъ. Кромѣ того источниками питанія для цивилистической доктрины служатъ не только полное собраніе законовъ или его сокращенное изданіе, но еще судебное толкованіе, вновь нарождающіяся потребности гражданско-правовой жизни и общія условія умственной культуры. Сводъ безповоротнo закрѣпилъ торжество буквы, жизнь застыла въ опредѣленныхъ формахъ, горизонтъ общественности не прояснялся. Примѣненіе «теоріи законодательства» къ существующимъ у насъ учрежденіямъ было подчинено, сверхъ общей, специальной цензурѣ ³⁾. Въ самой наукѣ побѣда *историческаго* направленія оказалась

¹⁾ Дегай. Пособія и правила изученія русскихъ законовъ. Москва, 54.

²⁾ Стр. 103.

³⁾ 2 ноября 1852 г. П. с. в. № 26724.

неблагопріятной для цивилистики, какъ устройства *настоящаго*. Интересъ къ текущимъ вопросамъ права не возбуждался: до 1859 года не выходило ни одного юридическаго журнала ¹⁾. Въ сферѣ гражданскаго права — появлявшіяся въ печати ²⁾ общія руководства по догмѣ оказались неудовлетворительными. Проскуряковъ ³⁾ и Преображенскій ⁴⁾ — простая перепечатка свода его же или своими словами. Лучше ихъ Кранихфельдъ, но и онъ «заслуживаетъ одобренія болѣе за намѣреніе, нежели за исполненіе» ⁵⁾. Литература процесса поражала скудостью: ея украшеніемъ считался такой безжизненно сухой перечень статей, какъ «учебная книга російскаго гражданскаго судопроизводства» Дегая.

Возрожденіе цивилистики совпало съ царствованіемъ Александра II-го и съ судебной реформой. Съ тѣмъ вмѣстѣ и Кукольникъ сталъ получать болѣе правильную оцѣнку ⁶⁾, но она дѣлалась только попутно.

Долгъ исторической справедливости обязываетъ съ большею подробностью остановиться на ученой дѣятельности этого писателя въ области русскаго гражданскаго права и процесса. Недолгій работникъ на нивѣ російскаго правовѣдѣнія, Кукольникъ забросилъ въ нее добрыя сѣмена общей мысли и далъ научное обоснованіе изложенію предмета.

Г. Ф. Блюменфельдъ.



1) По Таганцеву, Русское уголовное право СПб. (1902), т. I прим. на стр. 33, въ этомъ — любопытный показатель эпохи.

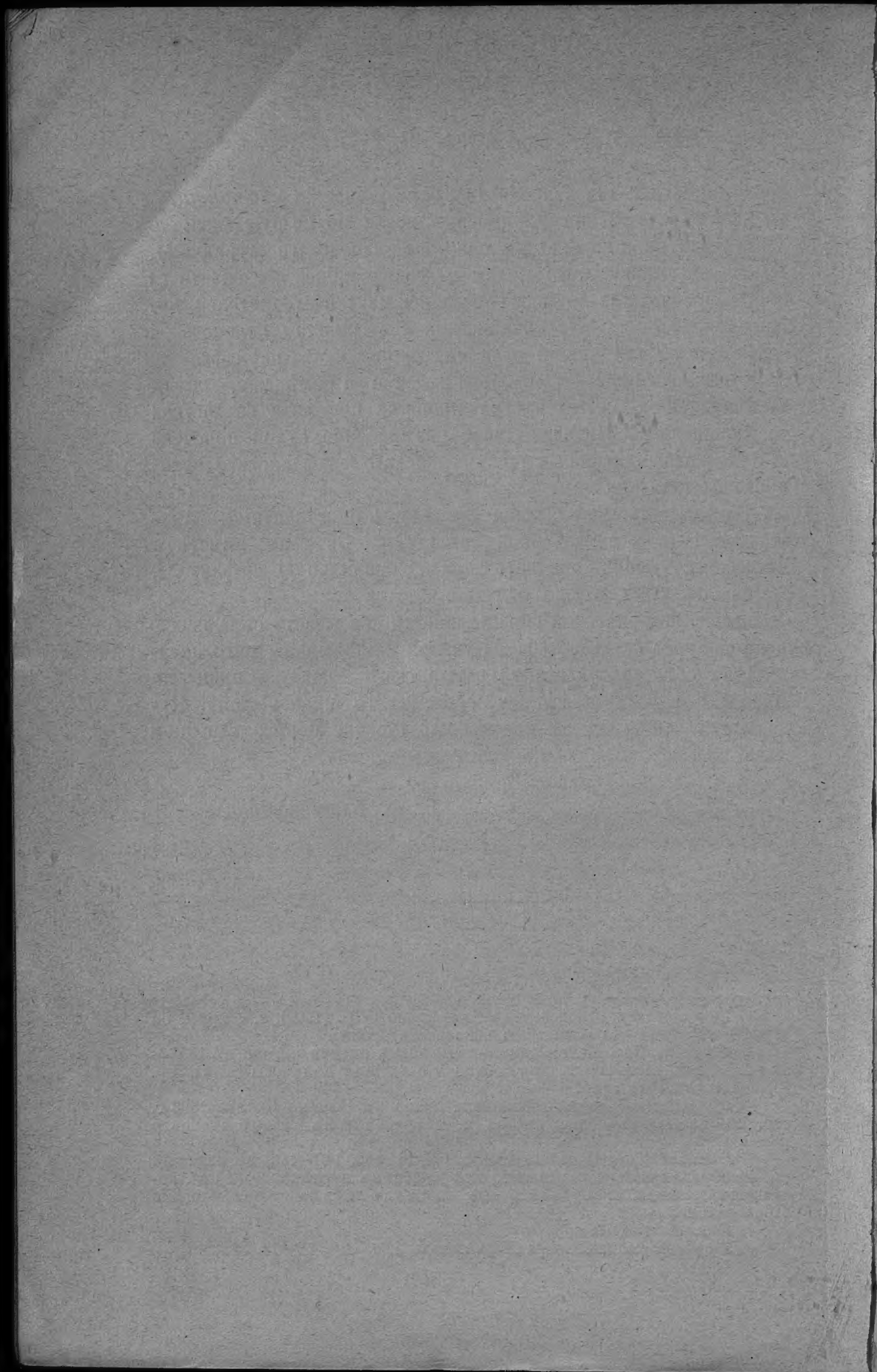
2) «Рус. Гр. Пр.» Мейера издано уже послѣ смерти автора въ 1858—59 г.г. Общая часть курса Морошкина напечатана Калачовымъ (въ Юр. В.) только въ 1861 году.

3) Шершеневичъ, Наука гражданск. права въ Россіи, Казань 1893 г. стр. 66, называетъ Проскурякова ч. 2 «учебникомъ самаго низшаго разбора».

4) Кавелинъ (Современникъ 1848 г. № 10, стр. 140—143) въ рецензій на Преображенскаго указываетъ, что учебникъ послѣдняго (2 отд. посвященъ граждан. праву) «ни болѣе, ни менѣе, какъ простое сокращеніе свода законовъ».

5) Кавелинъ тамъ-же

6) Зарудный см. выше; ср. Шершеневичъ, I. с. стр. 12—14.



ЗАМѢЧЕННЫЯ ОПЕЧАТКИ:

<i>Страница. Строка.</i>	<i>Напечатано:</i>	<i>Слѣдуетъ читать:</i>
4	18 св. 1805 г. „Экономическій журналъ“.	1807 г. „Экономическій журналъ“.
16	21 „ и есть передача“	есть передача“
”	24 „ правовѣды	правовѣдны
20	13 „ „что и тамъ	„что и о томъ
24	27 „ охраненію	сохраненію
”	30 „ всего бываетъ	всѣхъ бываетъ.
26	12 св. такъ и въ російскихъ	такъ и російскихъ
”	11 „ пользующихся, живущихъ	пользующимся, живущимъ
27	7 св. особливому	особливо
”	20 „ още	еще
30	4 „ способахъ	способѣ.
”	19 „ 126	216
33	14 „ «я	ея
36	13 „ 258	256
”	2 св. streitsachen	Streitsachen
”	1 „ rfreiwilligen	freiwilligen
39	12 св. «безспорными»	«неспорными»
”	24 „ 702	720
40	1 св. 1310	13130
41	3 „ въ ихъ должностяхъ»	по ихъ должностямъ»
43	13 „ 258	256
48	28 св. значеніе лишь съ изда- ніемъ.	значеніе съ изданіемъ
49	6 „ Преображенскій	Рождественскій
”	5 св. Преображенскаго	Рождественскаго



